

القولُ بعدَ الفقهيةِ

تأليفُ

الإمام أبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد

ابن رجب الحنبلي

المتوفى ٧٩٥ هـ

عَلَوَ عَلَيْهِ وَوَضِعَ حَوَائِثُهُ

الدكتور محمد علي البنا

Title: al-qawā'id al-fiqhiyyah

classification: Basics of jurisprudence

Author : Ibn Rajab Al Hanbali

Editor : Dr. Muhammad Ali Al-Banna

Publisher : Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Pages : 528

Year : 2008

Printed in : Lebanon

Edition : 1st

الكتاب : القواعد الفقهية

التصنيف : أصول فقه

المؤلف : ابن رجب الحنبلي

المحقق : د. محمد علي البنا

الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت

عدد الصفحات : 528

سنة الطباعة : 2008

بلد الطباعة : لبنان

الطبعة : الأولى

ISBN 2-7451-4356-5 (10 dig)

ISBN 978-2-7451-4356-3 (13 dig)



9 0000

9 782745 143563



دار الكتب العلمية

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971

بيروت - لبنان

Copyright



All rights reserved
Tous droits réservés



جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة

لدار الكتب العلمية - بيروت - لبنان

ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزئاً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Exclusive rights by ©

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beirut - Lebanon

No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à ©

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beyrouth - Liban

Toute représentation, édition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procédés, en tous pays, faite sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

الطبعة الأولى

٢٠٠٨م - ١٤٢٩هـ

دار الكتب العلمية

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971

بيروت - لبنان

Mohamad Ali Baydoun Publications Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

Aramoun, al-Quebbah,

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.

Tel : +961 5 804 810/11/12

Fax: +961 5 804813

P.O.Box: 11-9424 Beirut-lebanon

Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عزميون ، القبة

مبنى دار الكتب العلمية

هاتف: ١٢/١١/٥٨٠٤ ٩٦١ +

فاكس: ٨١٣ ٥٨٠٤ ٩٦١ +

ص. ب: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

رياض الصلح - بيروت ٢٢٩٠ ١١٠٧

<http://www.al-ilmiyah.com>

sales@al-ilmiyah.com

info@al-ilmiyah.com

baydoun@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ترجمة الامام ابن رجب الحنبلي^(١)

عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن بن محمد بن مسعود البغدادي، الدمشقي، الحنبلي، الشهير بابن رجب (زين الدين، جمال الدين، أبو الفرج): محدث، حافظ، فقيه، أصولي، مؤرخ. ولد في بغداد في ربيع الأول سنة ست وثلاثين وسبعمائة وسمع من أبي الفتح الميديمي وعدة وأكثر الاشتغال حتى مهر، وصنف شرح الترمذي وشرح علل الترمذي وشرح قطعة من البخاري وطبقات الحنابلة مات في رجب سنة خمس وتسعين وسبعمائة. وسمع بمكة وبمصر.

مات رحمه الله تعالى في شهر رجب أو شهر رمضان سنة خمس وتسعين. ودفن بالباب الصغير.

من مصنفاته: ذيل طبقات الحنابلة، لطائف المعارف في المواعظ، استنشاق نسيم الأنس من نفحات رياض القدس، شرح صحيح الترمذي، وتقرير القواعد وتحرير الفوائد في الفقه. سمع ابن رجب من كثير من الشيوخ في بغداد والحجاز ودمشق والقدس، ومن أبرزهم: أبوه أحمد بن عبد الرحمن بن النقيب النووي، أبو العباس أحمد بن الحسن الشهير بقاضي الجبل، محمد بن اسماعيل بن إبراهيم الشهير بابن الخباز، ابن قيم الجوزية، الحافظ صلاح الدين العلائي، وعثمان بن يوسف النويري وغيرهم.

وسمع منه: أحمد بن أبي بكر الشهير بابن الرسام، محمد بن عبادة بن سعدي الأنصاري، أحمد بن نصر بن عمر البغدادي المصري، الزركشي، علاء الدين بن محمد الدمشقي الشهير بابن اللحام، محمد بن خالد الحمصي الشهير بابن زهرة وغيرهم.

ومن أوائل من ألف في القواعد الفقهية: أبو الحسن الكرخي، المتوفى سنة أربعين وثلاثمائة في كتاب عرف بعد ذلك باسم «أصول الكرخي»، ثم ألف بعده أبو زيد الدبوسي كتابه: «تأسيس النظر» وذكر فيه عددا من القواعد الفقهية، وذكر فيه عددا من الفروع الفقهية

(١) المنهج الأحمد ٤٧٠، ٤٧١، الدرر الكامنة، لابن حجر ٣٢١، ٣٢٢، الدارس ٢: ٧٦، ٧٧، شذرات الذهب، لابن العماد ٦: ٣٣٩، ٣٤٠، البدر الطالع، للشوكاني ١: ٣٢٨، فهرس الفهارس، للكتاني ٢: ٦٠، ٦١، كشف الظنون، لحاجي خليفة ٥٩، ٧٩، ٢٠٣، ٥٥٠، ٥٥٩، ١٠٩٧، ١٣٥٩، ١٤٠٠، ١٥٥٤، ١٩١١، الإشارات إلى أماكن الزيارات، للسويدي ٣١.

المرتبة على تلك القواعد، وإن كان غالب ما يذكره من القواعد قواعد خلافة بين الإمام أبي حنيفة وأصحابه، وبين الإمام أبي حنيفة وبقية الأئمة، كمالك والشافعي وغيرهما.

ثم بعد ذلك، ولعل سبب كون الحنفية هم أول من ألف في القواعد الفقهية هو مقارنة طريقة التأليف في القواعد الفقهية لطريقة الحنفية في التأصيل، فإن من المعلوم أن علماء أصول الفقه لهم منهجان في التأليف الأصولي.

المنهج الأول: تقرير القواعد بناء على الأدلة، بغض النظر عن الفروع، وهذا هو منهج جمهور العلماء، وعليه سار علماء المالكية والشافعية والحنابلة.

والمنهج الثاني: تأصيل القواعد الأصولية من خلال الفروع الفقهية الواردة عن الأئمة، وهذا هو منهج الحنفية، فهم يذكرون ويتبعون الفروع الفقهية الواردة عن الإمام أبي حنيفة وأصحابه، ويأخذون منها قواعد فقهية. آسف يأخذون منها قواعد أصولية، فهذا المنهج قريب من منهج القواعد الفقهية، ولذلك كان منهج الحنفية من أوائل من ألف في القواعد الفقهية.

بعد ذلك جاء الإمام العز بن عبد السلام -رحمه الله- المتوفى سنة ست وستمائة، فآلف كتابه: «قواعد الأحكام في مصالح الأنام»، وكان من أوائل الكتب المؤلفة في القواعد الفقهية، فاحتذى العلماء بعده حذوه، فآلفوا مؤلفات عديدة في هذه القواعد.

إذا نظر الإنسان للكتب المؤلفة في القواعد الفقهية، يمكنه أن يقسم تلك المؤلفات إلى تقسيمات عدة:

التقسيم الأول: تقسيم المؤلفات في القواعد الفقهية بحسب عنوان تلك الكتب، فإن المؤلفات في القواعد الفقهية منها ما يعنون باسم الأشباه والنظائر، ويراد بالأشباه المسائل المتشابهة من أوجه متعددة، وأما الأمثال فهي المسائل المتشابهة من كل وجه، وأما النظائر فهي المسائل المتشابهة من وجه واحد، وإن كانت تختلف في بقية الوجوه، والغالب في إطلاق لفظ النظائر أن يراد به المسائل المتشابهة في الصورة المختلفة في الحكم.

ومن الكتب المؤلفة باسم الأشباه والنظائر كتاب: «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل الشافعي، وكتاب: «الأشباه والنظائر» للسيوطي الشافعي، وكتاب: «الأشباه والنظائر» لابن نجيم الحنفي، وابن نجيم قد استفاد من طريقة السيوطي، وأخذ منه كثيرا من مباحثه.

والاسم الثاني مما سميت به المؤلفات في هذا العلم اسم الفروق، وعن ألف في ذلك

السامري الحنبلي ابن سنيّة صاحب «المستوعب»، فقد ألف كتاب: «الفروق»، ومن ذلك أيضا القرافي المالكي، الذي ألف كتاب: «الفروق»، ومن ذلك أيضا كتاب: «الفروق» لأبي محمد الجويني والد أبي المعالي.

ومن الأسماء التي ألفت - من الأسماء التي سميت بها المؤلفات في هذا العلم اسم القواعد، مثل: «قواعد ابن رجب الحنبلي»، و«القواعد» للأونشريسي، «إيضاح السالك إلى قواعد الإمام مالك»، و«المجموع المذهب في قواعد المذهب» للعلاء الشافعي.

وإذا نظرنا إلى المؤلفات في الكتب المؤلفة في القواعد الفقهية، نجد أنها نهجت مناهج متعددة في الترتيب، فليس ترتيب القواعد الفقهية سائرا على منهج واحد، بل الكتب في القواعد الفقهية على طرائق مختلفة في الترتيب؛ فمن هذه المؤلفات ما يرتب القواعد بحسب أهميتها وشمولها، فيبدأ بالقواعد الكلية الكبرى التي لها فروع من كل باب فقهي، ثم يتطرق إلى القواعد الكبرى التي تدخل في أبواب متعددة، وإن لم تكن تدخل في جميع الأبواب مثل قاعدة التابع تابع، ثم يذكرون القواعد الخلافية.

ومن أمثلة الكتب المؤلفة على هذا الترتيب كتاب: «الأشباه والنظائر» للسيوطي ولابن نجيم. والمنهج الثاني ترتيب الكتب الفقهية أو ترتيب كتب القواعد الفقهية بحسب الحروف الأولى، فيبدأ بالقواعد التي تبدأ بحرف الألف مثل: قاعدة الأمور بمقاصدها، ثم بحرف الباء مثل: البينة على المدعي، وهكذا.

ومن ألف على هذا المنهج الزركشي بدر الدين في كتابه: «المشور»، ولعل هذه الطريقة من أحسن الطرق في ترتيب القواعد؛ لأن كون القواعد عما تعم وتشمل، أو تقتصر على بعض الأبواب مما يختلف فيه الأنظار، وتختلف فيه وجهات العلماء.

من أنواع الترتيب للكتب في القواعد الفقهية ترتيبها بحسب الأبواب الفقهية، فيورد القواعد المتعلقة بكتاب الطهارة، ثم كتاب الصلاة، وهكذا.

ومن سار على هذا المنهج المقرئ المالكي في كتابه: «القواعد»، وقد سار جماعة من العلماء في ترتيب القواعد الفقهية على ذكر القواعد بدون ترتيب مثل ابن رجب في كتابه: «القواعد»، فإنه يذكر القواعد بدون أي ترتيب.

إذا تقرر ذلك فإن المؤلفات في القواعد الفقهية من جهة شمول هذه المؤلفات لغير علم القواعد الفقهية من العلوم، يمكن تقسيمه إلى أقسام عدة؛ فمنها ما اقتصر على القواعد

الفقهية فقط، ولا يذكر غيره من الفنون مثل كتاب: «الأشباه والنظائر» لابن نجيم، ومنها ما يذكر مع القواعد الفقهية قواعد أصولية، مثل كتاب: «الفروق» للقرافي، «وتأسيس النظر» للدبوسي، ومنها ما يذكر مع القواعد الفقهية موضوعات وأبواب فقهية مثل الزركشي في كتابه: «المشور» إذا تقرر ذلك فما الفرق بين القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية؟.

القاعدة الفقهية يراد بها حكم كلي فقهي ينطبق على جزئيات عديدة من أبواب مختلفة، فقل: حكم؛ لأن الحكم يراد به إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه، في القاعدة الفقهية إثبات، أو نفي، وقيل: كلي؛ لإبعاد الأحكام الجزئية أحكام الفقه الخاصة بمسألة واحدة، فهذه ليست من القواعد الفقهية، وقيل: فقهي؛ لإخراج القواعد الكلية الواردة في العلوم الأخرى مثل قواعد النحو وقواعد الحساب - الفاعل مرفوع، والاثنان مع الاثنين يكون أربعة، ونحو ذلك.

وقيل: ينطبق على جزئيات عديدة؛ لأن هذا هو المراد بالقاعدة، وقيل: من أبواب متعددة؛ لإخراج الضابط الفقهي، وقيل في التعريف: كلي، ولم يقل: أغلبي مع أن كثيراً من القواعد الفقهية لها مستثنيات بسبب أن لفظ القاعدة في ذاته كلي، وإنما الأغلبية بحسب الجزئيات الداخلة في القاعدة، فعندما أقول: المشقة تجلب التيسير، المشقة هذا حكم كلي، وليس حكماً جزئياً، فلم أقل: أغلب المشقة تجلب التيسير.

وكون بعض الفروع لا يدخل في القاعدة ليس معناه أن حكم القاعدة في ذاته ليس حكماً كلياً، بل هو حكم كلي.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

رَبِّ يَسِّرْ وَأَعِزْ

قَالَ الشَّيْخُ الْإِمَامُ الْعَالِمُ أَبُو الْفَرَجِ زَيْنُ الدِّينِ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ رَجَبٍ الْحَنْبَلِيُّ تَعَمَّدَهُ اللَّهُ بِرَحْمَتِهِ وَأَسْكَنَهُ فُسَيْحَ جَنَّتِهِ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي مَهَّدَ قَوَاعِدَ الدِّينِ بِكِتَابِهِ الْمُحْكَمِ، وَشَيَّدَ مَعَاqِلَ الْعِلْمِ بِخَطَابِهِ وَأَحْكَمَ، وَفَقَّهَ فِي دِينِهِ مَنْ أَرَادَ بِهِ خَيْرًا مِنْ عِبَادِهِ وَفَهَّمَهُ، وَأَوْقَفَ مَنْ شَاءَ عَلَى مَا شَاءَ مِنْ أَسْرَارِ مُرَادِهِ وَأَلْهَمَهُ، فَسُبْحَانَ مَنْ حَكَّمَ فَأَحْكَمَ، وَحَلَّلَ وَحَرَّمَ، وَعَرَّفَ وَعَلَّمَ، عَلَّمَ بِالْقَلَمِ عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ شَهَادَةٌ تَهْدِي إِلَى الطَّرِيقِ الْأَقْوَمِ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ الْمَخْصُوصُ بِجَوَامِعِ الْكَلِمِ وَبِدَائِعِ الْحِكْمِ، وَوَدَائِعِ الْعِلْمِ وَالْحِلْمِ وَالْكَرَمِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ.

أَمَّا بَعْدُ: فَهَذِهِ قَوَاعِدُ مُهِمَّةٍ وَفَوَائِدُ جَمَّةٍ، تَضَيُّطُ لِلْفَقِيهِ أَصُولَ الْمَذْهَبِ، وَتَطْلُعُهُ مِنْ مَأْخِذِ الْفِقْهِ عَلَى مَا كَانَ عَنْهُ قَدْ تَغَيَّبَ. وَتَنْظُمُ لَهُ مَشْهُورُ الْمَسَائِلِ فِي سِلْكِ وَاحِدٍ، وَتَقْيِدُ لَهُ الشُّوَارِدُ وَتَقَرُّبُ عَلَيْهِ كُلِّ مُتَبَاعِدٍ، فَلْيَمْنَعِنِ النَّاضِرُ فِيهِ النَّظَرَ، وَلْيُوسِعِ الْعُدْرُ إِنَّ اللَّيْسَبَ مِنْ عُدْرٍ. فَلَقَدْ سَنَحَ بِالْبَالِ عَلَى غَايَةِ مِنَ الْإِعْجَالِ، كَالْأَرْتَجَالِ أَوْ قَرِيبًا مِنَ الْإَرْتَجَالِ، فِي أَيَّامِ سِيرَةٍ وَلَيَالٍ. وَيَأْبَى اللَّهُ الْعِصْمَةَ لِكِتَابٍ غَيْرِ كِتَابِهِ، وَالْمُنْصِيفُ مَنْ اغْتَفَرَ قَلِيلَ خَطَا الْمَرْءِ فِي كَثِيرِ صَوَابِهِ، وَاللَّهُ الْمَسْئُولُ أَنْ يُوقِنَّا لَصَوَابِ الْقَوْلِ وَالْعَمَلِ، وَأَنْ يَرْزُقَنَا اجْتِنَابَ أَسْبَابِ الزَّيْغِ وَالزَّلَلِ، إِنَّهُ قَرِيبٌ مُجِيبٌ لِمَنْ سَأَلَ، لَا يُخَيِّبُ مَنْ إِيَّاهُ رَجَا وَعَلَيْهِ تَوَكَّلْ.

* * *

القَاعِدَةُ الْأُولَى:

الْمَاءُ الْجَارِي هَلْ هُوَ كَالرَّاكِدِ أَوْ كُلُّ جَرِيَةٍ مِنْهُ لَهَا حُكْمُ الْمَاءِ الْمُنْفَرِدِ^(١). فِيهِ خِلَافٌ فِي

(١) عند الشافعي الماء إما جار وإما راكد، فالأول إذا كان قليلاً أو كثيراً فوقعت فيه لحجاسة غيرت من لونه أو طعمه أو ريحه كان نجساً وإلا فلا.

أما الثاني: فإنه ينجس إذا خالطه عرم إذا كان دون القلتين، الأم (٤/١).

وإلا فلا ينجس، ودليله إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً.

أما أبو حنيفة فقال: بأنه إذا غلب على الظن وجود لحجاسة في الماء فإنه لا يجوز استعماله أصلاً، لا فرق بين أن يكون قلتين أو أكثر أو أقل تغير أو لا. البحر الرائق (٨٣/١).

وعند الإمام مالك أن الماء قليلاً أو كثيراً إذا تغير أحد أوصافه فلا شك في عدم طهوريته.

مواهب الجليل (٧٤/١).

الْمَذْهَبِ بَيْنِي عَلَيْهِ مَسَائِلُ:

أَحَدُهَا: لَوْ وَقَعَتْ فِيهِ نَجَاسَةٌ فَهَلْ يُعْتَبَرُ مَجْمُوعُهُ، فَإِنْ كَانَ كَثِيرًا لَمْ يَنْجُسْ بِدُونِ تَغْيِيرٍ وَإِلَّا نَجُسَ أَوْ تُعْتَبَرُ كُلُّ جَرِيَةٍ بِإِفْرَادِهَا فَإِنْ بَلَغَتْ قُلْتَيْنِ^(١) لَمْ يَنْجُسْ وَإِلَّا نَجَسَتْ. فِيهِ رَوَايَتَانِ حَكَاهُمَا الشِّيرَازِيُّ وَغَيْرُهُ.

وَالثَّانِيَةُ: الْمَذْهَبُ عِنْدَ الْقَاضِي وَالثَّانِيَةُ: لَوْ غُمِسَ الْإِنَاءُ النَّجِسُ فِي مَاءٍ جَارٍ وَمَرَّتْ عَلَيْهِ سَبْعُ جَرَيَاتٍ فَهَلْ ذَلِكَ غَسَلَةٌ وَاحِدَةٌ أَوْ سَبْعُ غَسَلَاتٍ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ: حَكَاهُمَا أَبُو الْحَسَنِ بْنُ الْغَازِيِّ تَلْمِيزُ الْأَمِدِيِّ، وَذَكَرَ أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ الْأَصْحَابِ أَنَّ ذَلِكَ غَسَلَةٌ وَاحِدَةٌ، وَفِي شَرْحِ الْمَذْهَبِ لِلْقَاضِي: أَنَّ كَلَامَ أَحْمَدَ يَدُلُّ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ ثَوْبًا وَنَحْوَهُ وَعَصْرَهُ عَقِيبَ كُلِّ جَرِيَةٍ.

وَالثَّالِثَةُ: لَوْ انْغَمَسَ الْمُحْدِثُ حَدَثًا أَصْغَرَ فِي مَاءٍ جَارٍ لِلْوُضُوءِ وَمَرَّتْ عَلَيْهِ أَرْبَعُ جَرَيَاتٍ مُتَوَالِيَةٍ فَهَلْ يَرْتَفِعُ بِذَلِكَ حَدُّهُ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَشْهَرُهُمَا عِنْدَ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ يَرْتَفِعُ حَدُّهُ. وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الْإِتْقَانِ: ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَرْتَفِعُ حَدُّهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَفْرُقْ بَيْنَ الْجَارِيِّ وَالرَّكَدِ.

قُلْتُ: بَلْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى النَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ، وَأَنَّهُ إِذَا انْغَمَسَ فِي دِجَلَةٍ فَإِنَّهُ لَا يَرْتَفِعُ حَدُّهُ حَتَّى يُخْرَجَ حَدُّهُ مَرَّتَيْنِ.

وَالرَّابِعَةُ: لَوْ حَلَفَ لَا يَقِفُ فِي هَذَا الْمَاءِ وَكَانَ جَارِيًا لَمْ يَحْنُثْ عِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ الْجَارِيَّ يَتَبَدَّلُ وَيَسْتَخْلِفُ شَيْئًا فَشَيْئًا، فَلَا يَتَصَوَّرُ الْوُقُوفُ فِيهِ. وَقِيَاسُ الْمَنْصُوصِ أَنَّهُ يَحْنُثُ، لَا سِيَّمَا وَالْعُرْفُ يَشْهَدُ لَهُ وَالْإِيمَانُ مَرْجِعُهَا إِلَى الْعُرْفِ، ثُمَّ وَجَدْتُ الْقَاضِيَّ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ ذَكَرَ نَحْوَ هَذَا «وَاللَّهُ أَعْلَمُ».

* * *

القاعدة الثانية:

شَعَرَ الْحَيَّوَانَ فِي حُكْمِ الْمُتَفَصِّلِ عَنْهُ لَا فِي حُكْمِ الْمُتَّصِلِ، وَكَذَلِكَ الظَّفَرُ. هَذَا هُوَ جَادَةُ الْمَذْهَبِ وَيَتَفَرَّغُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

(١) القلتين أربعين دلوا، واحدها قلعة، وهي: معروفة بالحجاز - والمراد: قلال هجر وهي قرية قريبة من المدينة كانت تعمل بها القلال. قال ابن جريج: قلال هجر تسع القلعة منها الفرق، قال عبد الرزاق: الفرق أربعة أصواع يصوع سيدنا رسول الله ﷺ. لسان العرب (١١/٥٦٥).

مِنْهَا: إِذَا مَسَّ شَعْرَ امْرَأَةٍ شَهْوَةٌ لَمْ يَتَقَضَّ وَضُوءُهُ، وَكَذَلِكَ ظُفْرُهَا أَوْ مَسَّهَا بِظُفْرِهِ أَوْ شَعْرِهِ وَلِهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَاخِذٌ آخَرُ: وَهُوَ أَنَّ هَذِهِ الْأَجْزَاءَ لَيْسَتْ بِمَحَلٍّ لِلشَّهْوَةِ الْأَصْلِيَّةِ، وَهِيَ شَرْطٌ لِنَقْضِ الْوُضُوءِ عِنْدَنَا.

وَمِنْهَا: أَنَّ الشَّعْرَ لَا يَنْجُسُ بِالْمَوْتِ^(١) وَلَا بِالْانْفِصَالِ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَكَذَا مَا طَالَ مِنَ الظُّفْرِ عَلَى احْتِمَالٍ فِيهِ، أَمَّا عَلَى الْمَشْهُورِ فَإِنَّ انْفِصَالَ مِنْ أَدَمِيٍّ لَمْ يَنْجُسْ عَلَى الصَّحِيحِ وَمِنْ غَيْرِهِ يَنْجُسُ، لِأَنَّهُ كَانَتْ فِيهِ حَيَاةٌ ثُمَّ فَارَقَتْهُ حَالُ انْفِصَالِهِ فَمَنْعَهُ الْاِتِّصَالُ مِنَ التَّنَجِيسِ فَإِذَا انْفَصَلَ زَالَ الْمَانِعُ فَجَنَسَ.

وَمِنْهَا: غَسْلُهُ فِي الْجَنَابَةِ^(٢) وَالْحَدَّثِ. فَأَمَّا الْجَنَابَةُ فَفِي وَجُوبِ غَسْلِهِ وَجَهَانِ وَالَّذِي رَجَّحَهُ صَاحِبُ الْمُعْنِيِّ وَذَكَرَ أَنَّهُ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخُرَقِيِّ عَدَمُ الْوُجُوبِ طَرْدًا لِلْقَاعِدَةِ، وَمَنْ أَوْجَبَهُ فَيَقُولُ: وَجِبَ تَعَبُّدًا. نَعَمْ إِنْ كَانَ وَصُولُ الْمَاءِ إِلَى الْبَشَرَةِ لَا يُمَكِّنُ بِدُونِ غَسْلِهِ وَجِبَ لِمُضْرُورَةٍ وَجُوبُ إِصْبَالِ الْمَاءِ إِلَى مَا تَحْتَهُ، وَأَمَّا فِي الْحَدَّثِ الْأَصْغَرِ يَجِبُ غَسْلُ الْمُسْتَرْسِلِ مِنْهُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَأَمَّا الْمُحَاذِي لِمَحَلِّ الْفَرْصِ فَيُجْزَى إِمْرَأُ الْمَاءِ عَلَى ظَاهِرِهِ إِذَا كَانَ كَثِيفًا، لِأَنَّ إِصْبَالَ الْمَاءِ إِلَى الْحَوَائِلِ فِي الْوُضُوءِ كَافٍ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُتَّصِلَةً بِالْبَدَنِ اتِّصَالَ خِلْقَةٍ كَالْخَفِّ وَالْعِمَامَةِ وَالْجَبْرِ فَاَلْمُتَّصِلِ خِلْقَةً أُولَى.

وَمِنْهَا: لَوْ أَصَافَ طَلَاقًا أَوْ عِتَاقًا أَوْ ظَهَارًا إِلَى الشَّعْرِ أَوْ الظُّفْرِ لَمْ يَثْبُتْ بِهِ الطَّلَاقُ وَلَا الْعِتَاقُ وَلَا الظَّهَارُ عَلَى الْأَصَحِّ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ جَبِيَّةً وَاسِعًا تَرَى مِنْهُ عَوْرَتَهُ فِي الصَّلَاةِ لَكِنْ لَهُ لِحْيَةٌ كَبِيرَةٌ تَسْتُرُهُ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَكْفِيهِ فِي السُّتْرِ، قَالَ فِي الْمُعْنِيِّ: نَصٌّ عَلَيْهِ مَعَ أَنَّهُ قَرَّرَ فِي كِتَابِ الْحَجِّ أَنَّ السُّتْرَ بِالْمُتَّصِلِ كَالْيَدِ وَنَحْوَهَا لَا فِدْيَةَ فِيهِ. وَخَالَفَهُ صَاحِبُ شَرْحِ الْهُدَايَةِ وَقَالَ: هُوَ سِتْرٌ فِي الْمَوْضِعَيْنِ وَتَرَدَّدَ فِيهِ الْقَاضِي فِي شَرْحِ الْمَذْهَبِ فَجَزَمَ تَارَةً بِأَنَّ السُّتْرَ بِالْمُتَّصِلِ لَيْسَ بِسِتْرٍ فِي الْإِحْرَامِ وَلَا فِي الصَّلَاةِ ثُمَّ ذَكَرَ نَصَّ أَحْمَدَ وَرَجَعَ إِلَى أَنَّهُ سِتْرٌ فِي الصَّلَاةِ دُونَ الْإِحْرَامِ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ فِي سِتْرِ الصَّلَاةِ تَغْيِيبُ لَوْنِ الْبَشَرَةِ وَفِي الْإِحْرَامِ إِنَّمَا يُحْرَمُ السُّتْرُ بِمَا يُسْتَرُّ بِهِ

(١) عند الشافعية يجب نقض الصفائر إن لم يصل الماء إلى باطنها إلا بذلك، أما باطن الشعر المعقود والشعر الثابت في العين والأنف فلا يلزم غسله وإن كان يجب غسله من النجاسة.

مغنى المحتاج (١/٧٣)، والمجموع (١/٤٣٣).

(٢) عند الحنفية شعر الأدمى الذي مات طاهراً إذا كان مخلوقاً أو مجزوراً، أما إذا كان منفوقاً فهو نجس. البحر الرائق (١/١١٥).

عَادَةً. فَأَمَّا إِيْجَابُ الْفِدْيَةِ بِهِ وَضَمَانُهُ مِنَ الصَّيْدِ وَتَحْرِيمُ نَظَرِهِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ، فَلَمَّا يَتَعَلَّقُ بِجُمْلَةِ الْبَدَنِ مِنْ إِزَالَةِ جَمَالِهِ وَتَأْدِي الصَّيْدِ بِتَرْوِيعِهِ وَاثْبَاتِ الْيَدِ عَلَيْهِ، وَهُوَ مُمْتَنِعٌ، وَلَا فِتْنَتَانِ بِالْمَرْأَةِ وَلِهَذَا لَوْ انْفَصَلَ شَعْرُ الْمَرْأَةِ جَازَ النَّظَرُ إِلَيْهِ عَلَى ظَاهِرِ كَلَامِ أَبِي الْخَطَّابِ فِي الْإِنْتِصَارِ وَحَكَى صَاحِبُ التَّلْخِيسِ فِيهِ وَجْهَيْنِ.

* * *

القاعدة الثالثة:

مَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ عِبَادَةٌ فَأَتَى بِمَا لَوْ اقْتَصَرَ عَلَى مَا دُونَهُ لِأَجْزَاءِ هَلْ يُوصَفُ الْكُلُّ بِالْوُجُوبِ أَوْ قَدَرُ الْإِجْزَاءِ مِنْهُ. إِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ مُتَمَيِّزَةً مُنْفَصِلَةً فَلَا إِشْكَالَ فِي أَنَّهَا نَفْلٌ بِإِنْفِرَادِهَا كِمُخْرَاجِ صَاعَيْنِ مُتَفَرِّدَيْنِ فِي الْفِطْرَةِ وَنَحْوِهَا، وَأَمَّا إِنْ لَمْ تَكُنْ مُتَمَيِّزَةً فَفِيهِ وَجْهَانِ مَذْكُورَانِ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ وَيُنَبِّئُ عَلَيْهِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: إِذَا أَدْرَكَ الْإِمَامُ فِي الرُّكُوعِ بَعْدَ فَوَاتِ قَدَرِ الْإِجْزَاءِ مِنْهُ هَلْ يَكُونُ مُدْرِكًا لَهُ فِي الْفَرِيضَةِ^(١). ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ تَخْرِيجُهَا عَلَى الْوَجْهَيْنِ إِذَا قُلْنَا: لَا يَصِحُّ اقْتِدَاءُ الْمُفْتَرَضِ بِالْمُتَنَفَّلِ قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَجْرِيَ الزِّيَادَةُ مَجْرَى الْوَاجِبِ فِي بَابِ الْإِتْبَاعِ خَاصَّةً إِذَا الْإِتْبَاعُ قَدْ يُسْقِطُ الْوَاجِبَ كَمَا فِي الْمَسْبُوقِ وَمُصَلِّي الْجُمُعَةِ مِنْ امْرَأَةٍ وَعَبْدٍ مُسَافِرٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَجِبَ عَلَيْهِ شَاءٌ فَذَبَحَ بَدَنَهُ فَهَلْ كُلُّهَا وَاجِبَةٌ أَوْ سَبْعُهَا؟. عَلَى وَجْهَيْنِ وَمِنْهَا: إِذَا أَدَّى عَنْ خَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ بَعِيرًا وَقُلْنَا: يَجْزِيهِ فَهَلْ الْوَاجِبُ كُلُّهُ أَوْ خُمُسُهُ الْوَاجِبُ. وَحَكَى الْقَاضِي أَبُو يَعْلَى الصَّغِيرُ فِيهِ وَجْهَيْنِ: فَعَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ خُمُسَهُ الْوَاجِبَ يُجْزَى عَنْ عِشْرِينَ بَعِيرًا أَيْضًا، وَعَلَى الْآخَرِ لَا يُجْزَى عَنْ عِشْرِينَ إِلَّا أَرْبَعَةٌ أَبْعَرَةً.

وَمِنْهَا: إِذَا مَسَحَ رَأْسَهُ كُلَّهُ دَفْعَةً وَاحِدَةً وَقُلْنَا: الْفَرَضُ مِنْهُ قَدَرُ النَّاصِيَةِ فَهَلْ الْكُلُّ فَرَضٌ أَوْ قَدَرُ النَّاصِيَةِ مِنْهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَخْرَجَ فِي الزُّكَاةِ سِتًّا أَعْلَى مِنَ الْوَاجِبِ فَهَلْ كُلُّهُ فَرَضٌ أَوْ بَعْضُهُ تَطَوُّعٌ. وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ: كُلُّهُ فَرَضٌ، وَقَالَ الْقَاضِي: بَعْضُهُ تَطَوُّعٌ وَهُوَ الصَّوَابُ؛ لِأَنَّ الشَّارِعَ أَعْطَاهُ

(١) عند الشافعية لا بد من أن يدرك مع الإمام قدرًا يتحقق به الطمأنينة، فإذا لم يطمئن أصلاً، أو اطمئن بعد ارتفاع الإمام لم تتعد له الركعة وعليه الإتيان بها بعد تسليم الإمام. إعانة الطالبين (١٧/٢).
والمالكية: وعند الخطبة إذا أدرك الإمام في الركوع قبل رفع رأسه منه أجزاء وانعقدت له ركعة.
حاشية ابن عابدين (٦١/٢)، المبسوط (١٦٠/٣٠)، شرح الزرقاني (٢٣٤/١).

جِبْرَانًا عَنِ الزِّيَادَةِ، فَأَمَّا مَا كَانَ الْأَصْلُ فَرُضِيَّتُهُ وَوُجُوبُهُ ثُمَّ سَقَطَ بَعْضُهُ تَخْفِيفًا فَإِذَا فَعَلَ الْأَصْلَ وَصِفَ الْكُلُّ بِالْوُجُوبِ عَلَى الصَّحِيحِ، فَمِنْ ذَلِكَ إِذَا صَلَّى الْمُسَافِرُ أَرْبَعًا فَإِنَّ الْكُلَّ فَرَضٌ فِي حَقِّهِ وَعَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ الرُّكْعَتَيْنِ الْأَخِيرَتَيْنِ تَنْفُلٌ لَا يَصِحُّ اقْتِدَاءُ الْمُفْتَرِضِ بِهِ فِيهِمَا وَهُوَ مُتَمَشِّعٌ عَلَى أَصْلِهِ وَهُوَ عَدَمُ اعْتِبَارِ نِيَّةِ الْقَصْرِ، وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ.

وَمِنْهُ: إِذَا كَفَرَ الْوَاطِئُ فِي الْحَيْضِ بِدَيْنَارٍ فَإِنَّ الْكُلَّ وَاجِبٌ وَإِنْ كَانَ لَهُ الْاِقْصَارُ عَلَى نِصْفِهِ ذَكَرَهُ فِي الْمُغْنِي، وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ مِنْ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ فَأَمَّا إِنْ غَسَلَ رَأْسَهُ بَدَلًا عَنْ مَسْحِهِ.

وَقُلْنَا: بِالْإِجْزَاءِ فِي السَّائِلِ مِنْهُ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِي رَفْعِ حَدَثٍ لِأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْغَسْلُ وَإِنَّمَا سَقَطَ تَخْفِيفًا. وَالثَّانِي: وَهُوَ الصَّحِيحُ أَنَّهُ طَهُورٌ لِأَنَّ الْغَسْلَ مَكْرُوهٌ فَلَا يَكُونُ وَاجِبًا، وَقَدْ يُقَالُ: وَالْإِتِمَامُ فِي السَّعْرِ مَكْرُوهٌ أَيْضًا.

* * *

القاعدة الرابعة:

الْعِبَادَاتُ كُلُّهَا سَوَاءٌ كَانَتْ بَدَنِيَّةً أَوْ مَالِيَّةً أَوْ مُرَكَّبَةً مِنْهُمَا لَا يَجُوزُ تَقْدِيمُهَا عَلَى سَبَبٍ وَجُوبِهَا وَيَجُوزُ تَقْدِيمُهَا بَعْدَ سَبَبِ الْوُجُوبِ وَقَبْلَ الْوُجُوبِ أَوْ قَبْلَ شَرْطِ الْوُجُوبِ وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: الطَّهَارَةُ سَبَبٌ وَجُوبِهَا الْحَدَثُ، وَشَرْطُ الْوُجُوبِ فِعْلُ الْعِبَادَةِ الْمُشْتَرِطِ لَهَا الطَّهَارَةُ فَيَجُوزُ تَقْدِيمُهَا عَلَى الْعِبَادَةِ وَلَوْ بِالزَّمَنِ الطَّوِيلِ بَعْدَ الْحَدَثِ.

وَمِنْهَا: الصَّلَاةُ، فَيَجُوزُ تَقْدِيمُ صَلَاةِ الْعَصْرِ إِلَى وَقْتِ الظُّهْرِ، وَالْعِشَاءِ إِلَى وَقْتِ الْمَغْرِبِ لِأَنَّ الشَّارِعَ جَعَلَ الزَّوَالَ سَبَبًا لَوْجُوبِ الصَّلَاتَيْنِ عِنْدَ الْعُذْرِ دُونَ عَدَمِهِ ^(١)، وَلِهَذَا لَوْ أَدْرَكَ جُزْءًا مِنْ وَقْتِ الزَّوَالِ ثُمَّ طَرَأَ عَلَيْهِ عُذْرٌ لَزِمَهُ قَضَاءُ الصَّلَاتَيْنِ عَلَى إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ، وَلَوْ زَالَ الْعُذْرُ فِي آخِرِ وَقْتِ الْعَصْرِ لَزِمَهُ الصَّلَاتَانِ بِإِلَّا خِلَافِهِ عِنْدَنَا فَعَلِمَ أَنَّ الْوَقْتَيْنِ قَدْ صَارَا فِي حَالِ الْعُذْرِ كَالْوَقْتِ الْوَاحِدِ، لَكِنَّهُ وَقْتُ جَوَازٍ بِالنِّسْبَةِ إِلَى إِحْدَاهُمَا، وَوُجُوبٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْأُخْرَى.

وَمِنْهَا: صَلَاةُ الْجُمُعَةِ، فَإِنْ سَبَّهَا الْيَوْمُ لِأَنَّهَا تُضَافُ إِلَيْهِ فَيَجُوزُ فِعْلُهَا بَعْدَ زَوَالِ وَقْتِ

(١) هذا هو المعروف بالجمع بين الصَّلَاتَيْنِ تَقْدِيمًا وَتَأْخِيرًا لِعَذْرِ السَّفَرِ أَوْ الْحُجِّ أَوْ الْمَطَرِ أَوْ الْمَرَضِ، بَأَن يَجْمَعَ الْمَكْلَفَ الْعَصْرَ مَعَ الظُّهْرِ وَالْمَغْرِبَ مَعَ الْعِشَاءِ.

النَّهْيُ مِنْ أَوَّلِ الْيَوْمِ وَإِنْ كَانَ الزَّوَالُ هُوَ وَقْتُ الْوُجُوبِ.

وَمِنْهَا: زَكَاةُ الْمَالِ يَجُوزُ تَقْدِيمُهَا مِنْ أَوَّلِ الْحَوْلِ بَعْدَ كَمَالِ النَّصَابِ^(١).

وَمِنْهَا: كَفَّارَاتُ الْإِحْرَامِ إِذَا أُحْتِيجَ إِلَيْهَا لِلْعُذْرِ، فَإِنَّ الْعُذْرَ سَبَبُهَا فَيَجُوزُ تَقْدِيمُهَا بَعْدَ الْعُذْرِ وَقَبْلَ فِعْلِ الْمَحْظُورِ.

وَمِنْهَا: صِيَامُ التَّمَتُّعِ وَالْقِرَانِ، فَإِنَّ سَبَبَهُ الْعُمْرَةُ السَّابِقَةُ لِلْحَجِّ فِي أَشْهُرِهِ، فَبِالشَّرُوعِ فِي إِحْرَامِ الْعُمْرَةِ قَدْ وَجَدَ السَّبَبُ فَيَجُوزُ الصِّيَامُ بَعْدَهُ وَإِنْ كَانَ وَجُوبُهُ مُتَأَخِّرًا عَنْ ذَلِكَ^(٢). وَأَمَّا الْهَدْيُ فَقَدْ التَزَمَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ، وَلَنَا رَوَايَةٌ أَنَّهُ: يَجُوزُ ذَبْحُهُ لِمَنْ دَخَلَ قَبْلَ الْعَشْرِ لِمَشَقَّةِ حِفْظِهِ عَلَيْهِ إِلَى يَوْمِ النَّحْرِ، وَعَلَى الْمَشْهُورِ لَا يَجُوزُ فِي غَيْرِ أَيَّامِ النَّحْرِ لِأَنَّ الشَّرْعَ خَصَّهَا بِالدَّبْحِ.

وَمِنْهَا: كَفَّارَةُ الْيَمِينِ يَجُوزُ تَقْدِيمُهَا عَلَى الْحِنْثِ بَعْدَ عَقْدِ الْيَمِينِ مَالِيَّةً كَانَتْ أَوْ بَدَنِيَّةً.

وَمِنْهَا: إِخْرَاجُ كَفَّارَةِ الْقَتْلِ أَوْ الصَّيْدِ بَعْدَ الْجُرْحِ وَقَبْلَ الزُّهُوقِ.

وَمِنْهَا: التَّنْذِرُ الْمُطْلَقُ، نَحْوُ إِنْ شَفَى اللَّهُ مَرِيضِي فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِكَذَا، فَلَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ فِي الْحَالِ ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فَنُونِهِ.

وَيَلْتَحِقُ بِهَذِهِ الْقَاعِدَةِ مَا يَجُوزُ تَقْدِيمُهُ عَلَى شَرْطِ وَجُوبِهِ بَعْدَ وَجُودِ سَبَبِهِ فِي غَيْرِ الْعِبَادَاتِ، كَالْإِبْرَاءِ مِنَ الدِّيَةِ بَيْنَ الْجَنَائِيَةِ وَالْمَوْتِ، وَأَمَّا مِنَ الْقِصَاصِ فَفِيهِ رَوَايَتَانِ وَكُتُوفِيَةُ الْمُضْمَنُونَ عَنْهُ لِلضَّامِنِ الدِّينَ بَيْنَ الضَّمَانِ وَالْأَدَاءِ، وَفِيهِ وَجْهَانِ، وَكَعْفُ الشَّقِيعِ عَنِ الشَّقْعَةِ قَبْلَ الْبَيْعِ وَفِيهِ رَوَايَتَانِ، فَإِنَّ سَبَبَ الشَّقْعَةِ الْمِلْكُ وَشَرْطُهَا الْبَيْعُ، وَأَمَّا إِسْقَاطُ الْوَرْتَةِ حَقَّهُمْ مِنْ وَصِيَّةِ الْمَوْرُوثِ فِي مَرَضِهِ فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ، وَشَبَّهَهُ فِي مَوْضِعٍ بِالْعَفْوِ عَنِ الشَّقْعَةِ، فَخَرَّجَهُ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ فِي تَعْلِيلِهِ عَلَى الْهِدَايَةِ عَلَى رَوَايَتَيْنِ وَكَاتِبَاءِ الْمَكَاتِبِ رُبِعَ الْكِتَابَةِ بَعْدَ عَقْدِهَا وَقَبْلَ كَمَالِ الْأَدَاءِ وَهُوَ جَائِزٌ.

* * *

(١) ذلك أن أول الحول هو وقت انعقاد السبب.

(٢) وذلك على أساس أن وقت الوجوب ضيق فأعمال الحج والعمرة على التأثيت فتضوت بفوات الوقت بخلاف الكفارة التي لا تأثيت فيها.

القاعدة الخامسة:

مَنْ عَجَلَ عِبَادَةً قَبْلَ وَقْتِ الْوُجُوبِ، ثُمَّ جَاءَ وَقْتُ الْوُجُوبِ، وَقَدْ تَغَيَّرَ الْحَالُ بِحَيْثُ لَوْ فَعَلَ الْمُعْجَلُ فِي وَقْتِ الْوُجُوبِ لَمْ يُجْزِئْهُ فَهَلْ تُجْزِئُهُ أَمْ لَا؟ هَذَا عَلَى قِسْمَيْنِ:
أَحَدُهُمَا: أَنْ يَتَبَيَّنَ الْخَلَلُ فِي نَفْسِ الْعِبَادَةِ بِأَنْ يَظْهَرَ وَقْتُ الْوُجُوبِ أَنَّ الْوَاجِبَ غَيْرُ الْمُعْجَلِ وَلِذَلِكَ صَوْرٌ:

مِنْهَا: إِذَا كَفَرَ بِالصَّوْمِ قَبْلَ الْحِنْثِ ^(١) ثُمَّ حِنْثَ وَهُوَ مُوسِرٌ، قَالَ صَاحِبُ الْمَغْنِيِّ: لَا يُجْزِئُهُ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ الْوَاجِبَ غَيْرُ مَا أَتَى بِهِ وَإِطْلَاقُ الْأَكْثَرِينَ مُخَالَفٌ لِذَلِكَ لِأَنَّهُ كَانَ فَرَضُهُ فِي الظَّاهِرِ فَبَرئَ بِهِ وَأَنْحَلَتْ يَمِينُهُ بِمَعْنَى أَنَّهَا لَمْ تَبْقَ مُتَعَقِّدَةً بِالتَّكْفِيرِ فَصَادَفَ فِعْلُ الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ ذِمَّةَ بَرِيَّةٍ مِنَ الْوَاجِبِ فَلَمْ يَحْصُلْ بِهِ الْحِنْثُ؛ لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ حَلَّتْهُ. وَقَدْ صَرَّحَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ بِأَنَّ الْكَفَّارَةَ قَبْلَ الْفِعْلِ تَحُلُّ الِیْمِينَ الْمُتَعَقِّدَةَ وَبَعْدَهُ تُكَفِّرُ أَثَرَ الْمُخَالَفَةِ.
وَمِنْهَا: إِذَا كَفَرَ الْمُتَمَتِّعُ بِالصَّوْمِ ثُمَّ قَدَّرَ عَلَى الْهَدْيِ وَقَتَ وَجُوبِهِ، فَصَرَّحَ ابْنُ الزَّاعُوْنِي فِي الْإِقْنَاعِ بِأَنَّهُ لَا يُجْزِئُهُ الصَّوْمُ وَإِطْلَاقُ الْأَكْثَرِينَ يُخَالِفُهُ، بَلْ وَفِي كَلَامِ بَعْضِهِمْ تَصْرِيحٌ بِهِ وَرَبَّمَا أَشْعَرَ كَلَامُ أَحْمَدَ بِذَلِكَ لِأَنَّ صَوْمَهُ صَحَّ فَبَرَّتْ ذِمَّتُهُ بِهِ فَصَادَفَ وَقْتُ وَجُوبِ الْهَدْيِ ذِمَّةَ بَرِيَّةٍ مِنْ عَهْدَةِ الْوَاجِبِ.

وَمِنْهَا: إِذَا عَجَلَ عَنْ أَرْبَعٍ وَعَشْرِينَ مِنَ الْإِبِلِ أَرْبَعَ شِياهُ ثُمَّ نَتَجَتْ وَاحِدَةً قَبْلَ الْحَوْلِ فَفِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: لَا يُجْزِئُهُ وَيَجِبُ عَلَيْهِ إِخْرَاجُ بَنَتٍ مَخَاضٍ. وَالثَّانِي: يُجْزِئُهُ عَنْ الْعِشْرِينَ وَيُخْرِجُ عَنِ الْبَاقِي خُمْسَ بَنَتٍ مَخَاضٍ، وَلَا يُقَالُ: إِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ شَاةٌ عَنِ الْخُمْسِ الزَّائِلَةِ الَّتِي لَمْ يُوَدَّ عَنْهَا لِثَلَاثٍ يُفْضِي إِلَى إِجْبَابِ خُمْسِ شِياهِ عَنْ خُمْسٍ وَعِشْرِينَ.

وَمِنْهَا: إِذَا صَلَّى الصَّيْبِيُّ فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ ثُمَّ بَلَغَ فِيهِ وَجُوبُ الْإِعَادَةِ وَجْهَانِ الْمَنْصُوصُ أَنَّهُ يَجِبُ وَاخْتَارَ الْقَاضِي فِي شَرْحِ الْمُهَذَّبِ خِلَافَهُ لِأَنَّهُ فَعَلَ الْمَأْمُورَ بِهِ فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ فَصَادَفَهُ وَقْتُ الْوُجُوبِ، وَقَدْ فَعَلَ الْمَأْمُورَ فَامْتَنَعَ تَعَلُّقُ الْوُجُوبِ بِهِ لِذَلِكَ ^(٢)، وَهَذَا بِخِلَافِ

(١) الأصل في جواز الحنث حديث «من حلف عن يمين ثم رأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير»، زاد النسائي: «وليكفر عن يمينه». مسلم (١١٥/١١)، سنن البيهقي (٣١/١٠).

(٢) ولعل الراجح هو عدم وجوب الإعادة لأنه قبل البلوغ ليس من أهل التكليف لحديث «رفع القلم عن ثلاث: النائم حتى يستيقظ والصبي حتى يبلغ والمجنون حتى يفيق» أخرجه الإمام أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم من حديث عائشة. التلخيص الحبير ١/١٨٣ ح ٢٦٣، المنشور (١/٢٢٠).

مَا إِذَا حَجَّ ثُمَّ بَلَغَ فَإِنَّ حَجَّهُ لَيْسَ بِمَأْمُورٍ بِهِ، وَلَا مُعَاقَبٍ عَلَى تَرْكِهِ بِخِلَافِ الصَّلَاةِ.
وَالْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ يَتَيْنَ الْخُلَلَ فِي شَرْطِ الْعِبَادَةِ الْمُعَجَّلَةِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُجْزئُهُ وَيَتَفَرَّغُ عَلَيْهِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: إِذَا عَجَّلَ الزُّكَاةَ إِلَى فَقِيرٍ مُسْلِمٍ فَحَالَ الْحَوْلُ وَقَدْ مَاتَ أَوْ ارْتَدَّ أَوْ اسْتَعْنَى مِنْ غَيْرِهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا جَمَعَ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ فِي وَقْتٍ أَوْ لَاهُمَا يَتِمُّ ثُمَّ دَخَلَ الْوَقْتُ الثَّانِي وَهُوَ وَاحِدٌ لِلْمَاءِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَصَرَ الصَّلَاتَيْنِ فِي السَّفَرِ فِي وَقْتٍ أَوْ لَاهُمَا ثُمَّ قَدِمَ قَبْلَ دُخُولِ وَقْتِ الثَّانِيَةِ.

* * *

القاعدة السادسة:

إِذَا فَعَلَ عِبَادَةً فِي وَقْتٍ وَجُوبَهَا يَظُنُّ أَنَّهَا الْوَاجِبَةُ عَلَيْهِ ثُمَّ تَبَيَّنَ بِآخِرَةٍ أَنَّ الْوَاجِبَ كَانَ غَيْرَهَا فَإِنَّهُ يُجْزئُهُ وَلِذَلِكَ صُورُ:

مِنْهَا: إِذَا أَحَجَّ الْمَعْضُوبُ عَنْ نَفْسِهِ ثُمَّ بَرَّيَ، فَإِنَّهُ يُجْزئُهُ عَلَى الْمَذْهَبِ لِأَنَّهُ فَعَلَ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ فِي وَقْتِهِ لَا سِيَّمَا إِنْ قِيلَ: إِنَّ ذَلِكَ عَلَيْهِ عَلَى الْفَوْرِ.

وَمِنْهَا: إِذَا كَفَرَ الْعَاجِزُ عَنِ الصِّيَامِ بِالْإِطْعَامِ لِلْإِبَاسِ مِنْ بُرْئِهِ ثُمَّ عُوْفِي، فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ قَضَاءُ الصَّوْمِ.

وَمِنْهَا: إِذَا ارْتَفَعَ حَيْضُهَا لَا تَذَرِي مَا رَفَعَهُ فَإِنَّهَا تَعْتَدُ عِنْدَنَا سَنَةً فَإِذَا اعْتَدَتْ سَنَةً، ثُمَّ رَأَتْ الْحَيْضَ لَمْ يَلْزَمَهَا الْاعْتِدَادُ بِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا صَلَّى الظُّهْرَ مِنْ لَا جُمُعَةٍ عَلَيْهِ لِأَجْلِ الْعُذْرِ ثُمَّ زَالَ الْعُذْرُ قَبْلَ تَجْمِيعِ الْإِمَامِ، فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ إِعَادَةُ الْجُمُعَةِ مَعَ الْإِمَامِ، وَأَمَّا مَا حُكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُ لَا يُجْزئُهُ فَعَلُ الظُّهْرِ قَبْلَ تَجْمِيعِ الْإِمَامِ فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ بَنَاهُ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ، وَأَنَّهُ تَجِبُ الْإِعَادَةُ لِتَبَيُّنِ أَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ الْجُمُعَةُ، وَلَيْسَ هَذَا مَا أَخَذَ أَبِي بَكْرٍ، فَإِنَّهُ صَرَّحَ بِمَأْخِذِهِ وَهُوَ أَنَّ وَقْتُ الظُّهْرِ فِي حَقِّ مَنْ لَا جُمُعَةَ عَلَيْهِ إِنَّمَا يَدْخُلُ بِفَعْلِ الْجُمُعَةِ مِنَ الْإِمَامِ كَمَا لَا يَدْخُلُ وَقْتُ الذَّبْحِ فِي الْأَضَاحِيِّ إِلَّا بَعْدَ صَلَاةِ الْإِمَامِ.

وَيَلْتَحِقُ بِهَذِهِ الْقَاعِدَةِ مَا إِذَا خَفِيَ الْإِطْلَاعُ عَلَى خُلَلِ الشَّرْطِ ثُمَّ تَبَيَّنَ، فَإِنَّهُ يُعْتَقَرُ فِي الْأَصَحِّ.

فَمِنْ ذَلِكَ: إِذَا أَدَّى الزَّكَاةَ إِلَى مَنْ يَظُنُّهُ فَقِيرًا فَبَانَ أَنَّهُ غَنِيٌّ فَإِنَّهَا تَسْقُطُ عَلَى أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا صَلَّى الْمُسَافِرُ بِالْاجْتِهَادِ إِلَى الْقِبْلَةِ، ثُمَّ تَبَيَّنَ الْخَطَأَ فَإِنَّهُ لَا إِعَادَةَ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَمِنْهَا: إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ فِي الظَّاهِرِ ثُمَّ تَبَيَّنَ فَسَقُهُمَا فَبَيَّضَ النَّقْصَ رَوَاتَانِ، رَجَّحَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُتُونِ عَدَمَهُ، وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الصَّيْدِ مِنْ خِلَافِهِ، وَالْأَمْدِيُّ لِثَلَاثٍ يَنْقُضُ الْجَهْدَ بِالْاجْتِهَادِ^(١) وَالْمَشْهُورُ النَّقْضَ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْغَيْرِ بِهِ، وَأَمَّا إِذَا اصْطَادَ يَكْلِبُ عِلْمَهُ ثُمَّ أَكَلَ مِنَ الصَّيْدِ، فَإِنَّهُ لَا تُحَرِّمُ صِيُوْدُهُ الْمُتَقَدِّمَةُ عَلَى الصَّحِيحِ، لَكِنْ مَأْخُذُهُ أَنَّا لَمْ نَتَبَيَّنْ فَسَادَ تَعْلِيمِهِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ نَسِيَهُ بَعْدَ تَعْلَمِهِ، أَوْ نَسِيَ إِرْسَالَهُ، فَأَمَّا الْإِعَادَةُ عَلَى مَنْ نَسِيَ الْمَاءَ فِي رَحْلِهِ وَتَيَمَّمَ، ثُمَّ صَلَّى أَوْ عَلَى مَنْ صَلَّى صَلَاةَ شِدَّةِ الْخَوْفِ لِسَوَادِ ظَنِّهِ عَدْوًا، فَلَمْ يَكُنْ أَوْ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ مَا يَمْنَعُ الْعُبُورَ، فَإِنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّهُ فَرَطَ بِتَرْكِ الْبَحْثِ وَالتَّحْقِيقِ.

* * *

القاعدة السابعة:

مَنْ تَلَبَّسَ بِعِبَادَةٍ، ثُمَّ وَجَدَ قَبْلَ فَرَاغِهَا مَا لَوْ كَانَ وَاجِدًا لَهُ قَبْلَ الشَّرُوعِ لَكَانَ هُوَ الْوَاجِبَ دُونَ مَا تَلَبَّسَ بِهِ، هَلْ يَلْزَمُهُ الْإِنْتِقَالُ إِلَيْهِ أَمْ يَمْضِي وَيُجْزِئُهُ؟ هَذَا عَلَى ضَرِيئَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ الْمُتَلَبِّسُ بِهِ رُخْصَةً عَامَّةً شُرِعَتْ تَيْسِيرًا عَلَى الْمُكَلَّفِ وَتَسْهِيلًا عَلَيْهِ مَعَ إِمْكَانِ إِتْيَانِهِ بِالْأَصْلِ عَلَى ضَرْبٍ مِنَ الْمَشَقَّةِ وَالتَّكْلُفِ، فَهَذَا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْإِنْتِقَالُ مِنْهُ بِوُجُودِ الْأَصْلِ كَالْمُتَمَتِّعِ إِذَا عَدِمَ الْهَدْيَ فَإِنَّهُ رَخَّصَ لَهُ فِي الصِّيَامِ رُخْصَةً عَامَّةً، حَتَّى لَوْ قَدَّرَ عَلَى الشِّرَاءِ بِشَمَنِ فِي ذِمَّتِهِ وَهُوَ مُوسِرٌ فِي بَلَدِهِ لَمْ يَلْزَمَهُ^(٢). الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ الْمُتَلَبِّسُ بِهِ إِنَّمَا شُرِعَ ضَرُورَةً لِلْعَجْزِ عَنِ الْأَصْلِ وَتَعَدُّرِهِ

(١) على أن الاجتهاد ينقضى للدليل قطعي بالنسبة لما مضى وما يجد وسواء كان العمل به من المجتهد الأول أو ممن استفتاه، أو من قضى بينهم. والأصل في ذلك قوله ﷺ «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد». صحيح البخاري (١٣٢/٩).

ولأن الأصل أنه إذا مضى بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله ويفسخ بالنص. وهذا مبني على قوله ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾ [البقرة:] ولأنه لما توافرت شروط الرخصة في حقه فآخذ بها فقد أتى بالمطلوب، فالانتقال إلى الأصل زيادة لم تصادف عملاً.

بِالْكَلْبَةِ فَهَذَا يُلْزِمُهُ الْإِنْتِقَالُ إِلَى الْأَصْلِ عِنْدَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ وَلَوْ فِي أَثْنَاءِ التَّلَبُّسِ بِالْبَدَلِ كَالْعِدَّةِ بِالشَّهْرِ فَإِنَّهَا لَا تُعْتَبَرُ بِحَالٍ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْإِعْتِدَادِ بِالْحَيْضِ، وَلِهَذَا تُؤْمَرُ مَنْ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا لِعَارِضٍ مَعْلُومٍ أَنْ تَنْتَظِرَ زَوَالَهُ وَلَوْ طَالَ الْمُدَّةُ، وَلَئِمَّا جَوَّزَ لِمَنْ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا لَا تَدْرِي مَا رَفَعَهُ أَنْ تَعْتَدَّ بِالشَّهْرِ لِأَنَّ حَيْضَهَا غَيْرُ مَعْلُومٍ وَلَا مَظْنُونٍ عَوْدَهُ. وَسَوَاءٌ كَانَتْ هَذِهِ الْمُعْتَدَّةُ مُكَلَّفَةً قَبْلَ هَذَا بِالْإِعْتِدَادِ بِالْحَيْضِ كَمَنْ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا لَا تَدْرِي مَا رَفَعَهُ فَاعْتَدَّتْ بِالشَّهْرِ ثُمَّ حَاضَتْ فِي أَثْنَائِهَا، أَوْ لَمْ تَكُنْ مُكَلَّفَةً بِهِ كَالصَّغِيرَةِ إِذَا حَاضَتْ فِي أَثْنَاءِ الْعِدَّةِ بِالشَّهْرِ.

وَهَاهُنَا مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ مُتَرَدِّدَةٌ بَيْنَ الضَّرِيئَيْنِ:

مِنْهَا: مَنْ شَرَعَ فِي صِيَامٍ كَفَّارَةً ظَهَارٍ أَوْ يَمِينٍ أَوْ غَيْرِهِمَا ثُمَّ وَجَدَ الرِّقْبَةَ، فَالْمَذْهَبُ لَا يُلْزِمُهُ الْإِنْتِقَالُ لِأَنَّ ذَلِكَ رُخْصَةٌ، فَهُوَ كَصِيَامِ الْمُتَمَتِّعِ. وَفِيهِ وَجْهٌ يُلْزِمُهُ الْإِنْتِقَالُ لِأَنَّ الْكُفَّارَاتِ مَشْرُوعَةٌ بِإِرْبَاعٍ وَالزَّجْرُ وَفِيهَا مِنَ التَّغْلِيظِ مَا يَنَافِي الرُّخْصَةَ الْمُطْلَقَةَ، وَلِهَذَا يُلْزَمُ شِرَاءُ الرِّقْبَةِ بِشَمَنِ فِي الذَّمِّ إِذَا كَانَ مَالُهُ غَائِبًا، وَلَوْ لَمْ يَجِدْ مِنْ يَبِيعُهُ رَقَبَةً بِالْذِّينِ وَمَالُهُ غَائِبٌ فَهَلْ يُلْزِمُهُ أَنْتِظَارُهُ أَوْ يَجُوزُ لَهُ الْعُدُولُ إِلَى الصِّيَامِ لِلْمَشَقَّةِ أَوْ يَفْرُقُ بَيْنَ الظَّهَارِ وَغَيْرِهِ عَلَى أَوْجُهُ مَعْرُوفَةٍ.

وَمِنْهَا: الْمُتِمِّمُ إِذَا شَرَعَ فِي الصَّلَاةِ ثُمَّ وَجَدَ الْمَاءَ، فَبِي بَطْلَانِهَا رَوَاتَانِ؛ لِأَنَّ التَّيَمُّمَ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ رُخْصَةٌ عَامَّةٌ فَهُوَ كَصِيَامِ الْمُتَمَتِّعِ، وَمِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ ضَرُورَةٌ يُشَبِّهُ الْعِدَّةَ بِالشَّهْرِ. وَيَبَيِّنُ الضَّرُورَةَ أَنَّهُ تُسْتَبَاحُ مَعَهُ الصَّلَاةُ بِالْحَدَثِ فَإِنَّهُ غَيْرُ رَافِعٍ لَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ فَلَا يَجُوزُ إِتِمَامُ الصَّلَاةِ مُحْدِثًا مَعَ وُجُودِ الْمَاءِ الرَّافِعِ لَهُ^(١).

وَمِنْهَا: إِذَا نَكَحَ الْمُعْسِرُ الْخَائِفُ لِلْعَنْتِ أَمَةً ثُمَّ زَالَ أَحَدُ الشَّرْطَيْنِ، فَهَلْ يَنْفَسَخُ نِكَاحُهُ. عَلَى رَوَاتَيْنِ وَالنِّكَاحُ فِيهِ شَوْبُ عِبَادَةٍ.

* * *

القاعدة الثامنة:

مَنْ قَدَرَ عَلَى بَعْضِ الْعِبَادَةِ وَعَجَزَ عَنْ بَاقِيهَا هَلْ يُلْزِمُهُ الْإِثْبَانُ بِمَا قَدَرَ عَلَيْهِ مِنْهَا أَمْ لَا؟

(١) يمكن القول بأنه إذا شرع التيمم في الصلاة ثم وجد الماء كانت صلاته صحيحة، أما قبل الشروع فيها فعليه أن يتوضأ متى كان الوقت متسعاً لأداء الفريضة وإلا فلا، وذلك لأنه بوجود الماء انتفى شرط الضرورة وإذا عدم الشرط انتفى معه المشروط كذلك.

هَذَا أَقْسَامُ:

أَحَدُهَا: أَنْ يَكُونَ الْمَقْدُورُ عَلَيْهِ لَيْسَ مَقْصُودًا فِي الْعِبَادَةِ بَلْ هُوَ وَسِيلَةٌ مَحْضَةٌ إِلَيْهَا كَتَحْرِيكِ اللِّسَانِ فِي الْقِرَاءَةِ وَإِمْرَارِ الْمَوْسَى عَلَى الرَّأْسِ فِي الْحَلْقِ وَالْخِتَانِ، فَهَذَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ لِأَنَّهُ إِنَّمَا وَجِبَ ضَرُورَةُ الْقِرَاءَةِ وَالْحَلْقِ وَالْقَطْعِ، وَقَدْ سَقَطَ الْأَصْلُ فَسَقَطَ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَتِهِ. وَأَوْجِبَهُ الْقَاضِي فِي تَحْرِيكِ اللِّسَانِ خَاصَّةً وَهُوَ ضَعِيفٌ جِدًّا.

الْقِسْمُ الثَّانِي: مَا وَجِبَ تَبَعًا لِغَيْرِهِ وَهُوَ نَوَعَانُ:

أَحَدُهُمَا: مَا كَانَ وَجُوبُهُ احْتِطَاطًا لِلْعِبَادَةِ لِيَتَحَقَّقَ حُصُولُهَا كَغَسَلِ الْمِرْفَقَيْنِ فِي الْوُضُوءِ فَإِذَا قُطِعَتِ الْيَدُ مِنَ الْمِرْفَقِ هَلْ يَجِبُ غَسْلُ رَأْسِ الْمِرْفَقِ الْآخِرِ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَشْهَرُهُمَا عِنْدَ الْأَصْحَابِ الْوُجُوبُ، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ. وَاخْتِيَارُ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الْحَجِّ مِنْ خِلَافِهِ أَنَّهُ يَسْتَحَبُّ وَحْمِلَ كَلَامِ أَحْمَدَ عَلَى الِاسْتِحْبَابِ. هَذَا إِذَا بَقِيَ شَيْءٌ مِنَ الْعِبَادَةِ كَمَا فِي وَضُوءِ الْأَقْطَعِ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَبْقَ شَيْءٌ بِالْكُلِّيَّةِ سَقَطَ التَّبَعُ كَأَمْسَاكِ جُزْءٍ مِنَ اللَّيْلِ فِي الصَّوْمِ فَلَا يَلْزَمُ مَنْ أُبِيحَ لَهُ الْفِطْرُ بِالِاتِّفَاقِ.

وَالثَّانِي: مَا وَجِبَ تَبَعًا لِغَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ التَّكْمِيلِ وَاللَّوَاقِحِ مِثْلُ رَمِي الْجِمَارِ وَالْمَيْتِ بِمَنَى لِمَنْ لَمْ يُدْرِكِ الْحَجَّ، فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ لَأَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ مِنْ تَوَابِعِ الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ، فَلَا يَلْزَمُ مَنْ لَمْ يَقِفْ بِهَا. وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى رِوَايَةً أُخْرَى بِلِزُومِهَا؛ لِأَنَّهَا عِبَادَاتٌ فِي نَفْسِهَا مُسْتَقِلَّةٌ.

وَمِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ: الْمَرِيضُ إِذَا عَجَزَ فِي الصَّلَاةِ عَنْ وَضْعِ وَجْهِهِ عَلَى الْأَرْضِ وَقَدَّرَ عَلَى وَضْعِ بَقِيَّةِ أَعْضَاءِ السُّجُودِ، فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ عَلَى الصَّحِيحِ، لَأَنَّ السُّجُودَ عَلَى بَقِيَّةِ الْأَعْضَاءِ إِنَّمَا وَجِبَ تَبَعًا لِلْسُّجُودِ عَلَى الْوَجْهِ وَتَكْمِيلًا لَهُ.

وَالْقِسْمُ الثَّلَاثُ: مَا هُوَ جُزْءٌ مِنَ الْعِبَادَةِ وَلَيْسَ بِعِبَادَةٍ فِي نَفْسِهِ بِانْفِرَادِهِ، أَوْ هُوَ غَيْرُ مَأْمُورٍ بِهِ لِضَرُورَةٍ:

فَالْأَوَّلُ: كَصَوْمِ بَعْضِ الْيَوْمِ لِمَنْ قَدَّرَ عَلَيْهِ وَعَجَزَ عَنْ إِتِمَامِهِ، فَلَا يَلْزَمُهُ بَغَيْرِ خِلَافٍ.

وَالثَّانِي: كَعِتْقِ بَعْضِ الرِّقَّةِ فِي الْكَفَّارَةِ، فَلَا يَلْزَمُ الْقَادِرَ عَلَيْهِ إِذَا عَجَزَ عَنْ التَّكْمِيلِ لِأَنَّ الشَّارِعَ قَصَدَهُ تَكْمِيلُ الْعِتْقِ مَهْمَا أَمَكَّنَ، وَلِهَذَا شَرَعَ السَّرَايَةَ وَالسَّعَايَةَ، وَقَالَ: ﴿لَيْسَ لِلَّهِ شَرِيكَ﴾ فَلَا يَشْرَعُ عِتْقُ بَعْضِ الرِّقَّةِ.

الْقِسْمُ الرَّابِعُ: مَا هُوَ جُزْءٌ مِنَ الْعِبَادَةِ وَهُوَ عِبَادَةٌ مَشْرُوعَةٌ فِي نَفْسِهِ، فَيَجِبُ فِعْلُهُ عِنْدَ

تَعَذَّرَ فِعْلُ الْجَمِيعِ بِغَيْرِ خِلَافٍ، عَلَيْهِ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: الْعَاجِزُ عَنِ الْقِرَاءَةِ ^(١) يَلْزَمُهُ الْقِيَامُ، لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ مَقْصُودُهُ الْأَعْظَمُ الْقِرَاءَةَ لَكِنَّهُ أَيْضًا مَقْصُودٌ فِي نَفْسِهِ وَهُوَ عِبَادَةٌ مُتَفَرِّدَةٌ.

وَمِنْهَا: مَنْ عَجَزَ عَنْ بَعْضِ الْفَاتِحَةِ لَزِمَهُ الْإِثْنَانُ بِالْبَاقِي.

وَمِنْهَا: مَنْ عَجَزَ عَنْ بَعْضِ غُسْلِ الْجَنَابَةِ لَزِمَهُ الْإِثْنَانُ بِمَا قَدَرَ مِنْهُ، لِأَنَّ تَخْفِيفَ الْجَنَابَةِ مَشْرُوعٌ وَلَوْ بَغْسِلِ أَعْضَاءِ الْوُضُوءِ كَمَا يُشْرَعُ لِلْجَنَبِ إِذَا أَرَادَ النَّوْمَ أَوْ الْوُطْءَ أَوْ الْأَكْلَ وَيَسْتَيْحِبُّ بِهِ اللَّبَثُ فِي الْمَسْجِدِ عِنْدَنَا وَوَقَعَ التَّرَدُّدُ فِي مَسَائِلٍ أُخْرَى.

مِنْهَا: الْمُحْدِثُ إِذَا وَجَدَ مَا يَكْفِي بَعْضَ أَعْضَائِهِ فَفِي وَجُوبِ اسْتِعْمَالِهِ وَجْهَانِ، وَمَأْخُذُ مَنْ لَا يَرَاهُ وَاجِبًا إِمَّا أَنَّ الْحَدَثَ الْأَصْغَرَ لَا يَتَبَعْضُ رَفْعُهُ فَلَا يَحْصُلُ بِهِ مَقْصُودٌ، أَوْ أَنَّهُ يَتَبَعْضُ لَكِنَّهُ يَبْطُلُ بِالْإِخْلَالِ بِالْمُؤَالَاةِ فَلَا يَبْقَى لَهُ فَائِدَةٌ، أَوْ أَنَّ غَسْلَ بَعْضِ أَعْضَاءِ الْمُحْدِثِ غَيْرُ مَشْرُوعٍ بِخِلَافِ غَسْلِ بَعْضِ أَعْضَاءِ الْجَنَبِ كَمَا تَقَدَّمَ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَدَرَ عَلَى بَعْضِ صَاعٍ فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ إِخْرَاجُهُ عَلَى رَوَاتِبَيْنِ، وَمَأْخُذُ عَدَمِ الْوُجُوبِ أَنَّهُ كَفَّارَةٌ بِالْمَالِ فَلَا يَتَبَعْضُ كَمَا لَوْ قَدَرَ عَلَى التَّكْفِيرِ بِإِطْعَامِ بَعْضِ الْمَسَاكِينِ وَالصَّحِيحُ الْوُجُوبُ ^(٢)، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْكَفَّارَةِ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْكَفَّارَةَ بِالْمَالِ تَسْقُطُ إِلَى بَدَلٍ هُوَ الصَّوْمُ بِخِلَافِ الْفِطْرَةِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الْكَفَّارَةَ لَا بُدَّ مِنْ تَكْمِيلِهَا، وَالْمَقْصُودُ مِنَ التَّكْفِيرِ بِالْمَالِ تَحْصِيلُ إِحْدَى الْمَصَالِحِ الثَّلَاثِ عَلَى وَجْهَيْهَا وَهِيَ الْعِنَقُ وَالْإِطْعَامُ وَالْكِسْوَةُ، وَبِالتَّفْطِيقِ يُفَوَّتُ ذَلِكَ فَلَا تَبَرُّ الدِّمَّةُ مِنَ الْوُجُوبِ إِلَّا بِالْإِثْنَانِ بِإِحْدَى الْخِصَالِ بِكَمَالِهَا أَوْ بِالصِّيَامِ وَفِي الْفِطْرَةِ لَا تَبَرُّ الدِّمَّةُ مِنْهَا بِدُونِ إِخْرَاجِ الْمَوْجُودِ.

* * *

القاعدة التاسعة:

فِي الْعِبَادَاتِ الْوَاقِعَةِ عَلَى وَجْهِ مُحَرَّمٍ، إِنْ كَانَ التَّحْرِيمُ عَائِدًا إِلَى ذَاتِ الْعِبَادَةِ عَلَى وَجْهِ

(١) أى: في الصلاة.

(٢) لأن مقصودها طهارة الصائم من اللغو والرفث وطعمة للمساكين ويتحقق ذلك بما استطاع إخراجه، كما أن تعيينها بالصاع مشروط بالقدرة عليه، فإذا قدر على بعض أجزائه إخراجه، فإذا حصل على البعض الآخر أخرجه أيضًا. لقوله ﷺ فيها «أما غنيكم فيزيكه الله وأما فقيركم فيرد الله عليه أكثر مما أعطاه» نصب الراية (٤٠٦/٢).

يَخْتَصُّ بِهَا لَمْ يَصَحَّ، وَإِنْ كَانَ عَائِدًا إِلَى شَرْطِهَا، فَإِنْ كَانَ عَلَى وَجْهِ يَخْتَصُّ بِهَا فَكَذَلِكَ
أَيْضًا، وَإِنْ كَانَ لَا يَخْتَصُّ بِهَا فَفِي الصَّحَّةِ رَوَايَتَانِ أَشْهَرُهُمَا عَدَمُهَا، وَإِنْ عَادَ إِلَى مَا لَيْسَ
بِشَرْطٍ فِيهَا فَفِي الصَّحَّةِ وَجْهَانِ وَأَخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ عَدَمَ الصَّحَّةِ، وَخَالَفَهُ الْأَكْثَرُونَ فَلِلْأَوَّلِ أَمثلةٌ
كثيرةٌ:

مِنْهَا: صَوْمُ يَوْمِ الْعِيدِ فَلَا يَصَحُّ بِحَالٍ عَلَى الْمَذْهَبِ. (وَمِنْهَا): الصَّلَاةُ فِي أَوْقَاتِ النَّهْيِ.
وَمِنْهَا: الصَّلَاةُ فِي مَوَاضِعِ النَّهْيِ، فَلَا يَصَحُّ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ النَّهْيَ لِلتَّحْرِيمِ وَإِنَّمَا يَصَحُّ
عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ النَّهْيَ لِلتَّنْزِيهِ. هَذِهِ طَرِيقَةُ الْمُحَقِّقِينَ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ يَحْكِي
الْخِلَافَ فِي الصَّحَّةِ مَعَ الْقَوْلِ بِالتَّحْرِيمِ.

وَمِنْهَا: صِيَامُ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ، فَلَا يَصَحُّ تَطَوُّعًا بِحَالٍ، وَالْخِلَافُ فِي صِحَّةِ صَوْمِهَا فَرَضًا
مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ النَّهْيَ هَلْ يَشْمَلُ الْفَرَضَ أَمْ يَخْتَصُّ بِالتَّطَوُّعِ وَلِلثَّانِي أَمثلةٌ كثيرةٌ:
مِنْهَا: الصَّلَاةُ بِالنَّجَاسَةِ وَيَغْيَرُ سِتْرُهُ، وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ وَلِلثَّالِثِ أَمثلةٌ كثيرةٌ:
مِنْهَا: الْوُضُوءُ بِالْمَاءِ الْمَغْضُوبِ ^(١).

وَمِنْهَا: الصَّلَاةُ فِي الثُّوبِ الْمَغْضُوبِ وَالْحَرِيرِ، وَفِي الصَّحَّةِ رَوَايَتَانِ، وَعَلَى رَوَايَةِ عَدَمِ
الصَّحَّةِ فَهَلْ الْمُبْطَلُ ارْتِكَابُ النَّهْيِ فِي شَرْطِ الْعِبَادَةِ، أَمْ تَرْكُ الْإِتْيَانِ بِالشَّرْطِ الْمَأْمُورِ بِهِ.
لِلْأَصْحَابِ فِيهِ مَأْخِذَانِ يَنْبَنِي عَلَيْهِمَا لَوْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا ثَوْبًا مَغْضُوبًا فَصَلَّى فِيهِ فَإِنْ عَلَّلْنَا
بِارْتِكَابِ النَّهْيِ لَمْ تَصَحَّ صَلَاتُهُ، وَإِنْ عَلَّلْنَا بِتَرْكِ الْمَأْمُورِ صَحَّتْ لِأَنَّهُ غَيْرُ وَاجِبٍ لِسِتْرِهِ يُؤْمَرُ
بِهَا، وَأَمَّا مَنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا ثَوْبَ حَرِيرٍ فَتَصَحَّ صَلَاتُهُ فِيهِ بِغَيْرِ خِلَافٍ عَلَى أَصَحِّ الطَّرِيقَيْنِ
لِلْبَاحَةِ لُبْسِهِ فِي هَذِهِ الْحَالِ.

وَمِنْهَا: الصَّلَاةُ فِي الْبُقْعَةِ الْمَغْضُوبَةِ، وَفِيهَا الْخِلَافُ وَلِلْبُطْلَانِ مَأْخِذَانِ أَيْضًا: أَحَدُهُمَا:
أَنَّ الْبُقْعَةَ شَرْطٌ لِلصَّلَاةِ، وَلِهَذَا لَا تَصَحُّ الصَّلَاةُ فِي الْأَرْجُوحةِ، وَلَا عَلَى بِسَاطٍ فِي الْهَوَاءِ.
وَالثَّانِي: أَنَّ حَرَكَاتِ الْمُصَلِّي وَسَكَتَاتِهِ فِي الدَّارِ الْمَغْضُوبَةِ هُوَ نَفْسُ الْمُحَرَّمَ فَالتَّحْرِيمُ عَائِدٌ
إِلَى نَفْسِ الصَّلَاةِ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُخْتَصٍّ بِهَا فَهُوَ كَخِرَاجِ الزَّكَاةِ وَالْهَدْيِ مِنَ الْمَالِ
الْمَغْضُوبِ، وَلِلرَّابِعِ أَمثلةٌ:

(١) وفي الإنصاف للمرداوي: لا يصح أيضاً (٢٨/١) وفي القواعد والفوائد الأصولية مثل ذلك (١١٧/١).
ويمكن القول بأنه يقع صحيحاً لكونه المكلف أتى بطاعة وهو الوضوء غير أن فعله منتهى عنه من حيث
كونه توصل إلى الوضوء بفعل منتهى عنه فهو مطيعاً في الوضوء عاصياً في الغصب ومن ثم فوضوءه
صحيح. قواطع الدلة في الأصول (١٣٦/١).

مِنْهَا: الْوُضُوءُ مِنَ الْإِنَاءِ الْمُحَرَّمِ^(١).

وَمِنْهَا: صَلَاةٌ مَنْ عَلَيْهِ عِمَامَةٌ غَضِبَ أَوْ حَرِيرٌ أَوْ فِي يَدِهِ خَاتَمٌ ذَهَبٌ، وَفِي ذَلِكَ كُلِّهِ وَجْهَانِ وَاخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ عَدَمُ الصَّحَّةِ، وَأَمَّا مَنْ عَلَيْهِ ثَوْبَانِ أَحَدُهُمَا غَضِبٌ، فَقِيلَ: هُوَ مُخْرَجٌ عَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ، وَقِيلَ: بَلْ هُوَ كَمَنْ لَيْسَ عَلَيْهِ سِوَى الثَّوْبِ الْمَغْضُوبِ لِأَنَّ الْمُبَاحَ لَمْ يَتَّعِنِ لِلسَّتْرِ بَلْ السَّتْرُ حَصَلَ بِوَاحِدٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ.

وَأَمَّا النِّحْيُ بِالْمَالِ الْمَغْضُوبِ، فَفِي صِحَّتِهِ رَوَايَتَانِ، فَقِيلَ: لِأَنَّ الْمَالَ شَرْطٌ لَوْجُوبِهِ وَشَرْطُ الْوُجُوبِ كَشَرْطِ الصَّحَّةِ^(٢) وَرَجَّحَ ابْنُ عَقِيلٍ الصَّحَّةَ، وَجَعَلَهُ مِنَ الْقِسْمِ الرَّابِعِ، وَمَنَعَ كَوْنَ الْمَالِ شَرْطًا لَوْجُوبِهِ، لِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْقَرِيبِ بِغَيْرِ مَالٍ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ، فَإِنَّهُ شَرْطٌ فِي حَقِّ الْبَعِيدِ خَاصَّةً، كَمَا أَنَّ الْمَحْرَمَ شَرْطٌ فِي حَقِّ الْمَرْأَةِ دُونَ الرَّجُلِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* * *

القاعدة العاشرة:

الْأَلْفَاظُ الْمُعْتَبَرَةُ فِي الْعِبَادَاتِ وَالْمَعَامَلَاتِ:

مِنْهَا: مَا يُعْتَبَرُ لَفْظُهُ وَمَعْنَاهُ، وَهُوَ الْقُرْآنُ لِإِعْجَازِهِ بِلَفْظِهِ وَمَعْنَاهُ، فَلَا تَجُوزُ التَّرْجُمَةُ عَنْهُ بِلُغَةٍ أُخْرَى.

وَمِنْهَا: مَا يُعْتَبَرُ مَعْنَاهُ دُونَ لَفْظِهِ^(٣)، كَالْفَافِظِ عَقْدِ الْبَيْعِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ وَالْفَافِظِ الطَّلَاقِ.

وَمِنْهَا: مَا يُعْتَبَرُ لَفْظُهُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ دُونَ الْعَجْزِ عَنْهُ، وَيَدْخُلُ تَحْتَ ذَلِكَ صُورٌ:

مِنْهَا: التَّكْثِيرُ وَالتَّسْنِيحُ وَالدُّعَاءُ فِي الصَّلَاةِ، لَا تَجُوزُ التَّرْجُمَةُ عَنْهُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ، وَمَعَ الْعَجْزِ عَنْهُ هَلْ يَلْحَقُ بِالْقِسْمِ الْأَوَّلِ فَيَسْقُطُ أَوْ بِالثَّانِي فَيَأْتِي بِهِ بِلُغَتِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: خُطْبَةُ الْجُمُعَةِ، لَا تَصِحُّ مَعَ الْقُدْرَةِ بِغَيْرِ الْعَرَبِيَّةِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَتَصِحُّ مَعَ الْعَجْزِ.

(١) مثل إثناء الذهب والفضة فإنه لا يصح للنهي عن الأكل والشرب فيها فالوضوء من باب أولى، تحقيق المراد (١٧٦/١). إذ المراد من التحريم فيها الخيلاء أو كسر قلوب الفقراء، نيل الأوطار (٨١/١).

قال الحرقى: «ويكره أن يتوضأ في آنية الذهب والفضة، فإن فعل أجزاء» وبهذا قال أكثر العلماء تأسيساً على أن النهي عن استعماله لا يختص بالطهارة لأنه عام في الأكل والشرب، والطيب والوضوء فلم يؤثر في فساد العبادة، وقال أبو بكر: الوضوء باطل وهو أصح لقوله ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد» ولأنه توضأ في إثناء محرم فلم يصح، كما لو توضأ من جلد ميتة لم يدين. طبقات الحنابلة (٧٦/٢).

(٢) قيل: يجوزته مع الكراهة، قاله ابن موسى واختاره ابن عقيل وهو أقوى، قال المرداوى: وهو الصواب فيجب بدل المال ديناً في ذمته. الانصاف للمرداوى (٢٠٥/٦).

(٣) لأن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني. القاعدة رقم ١٨٣، ص ٩١، القواعد للبركتي.

وَمِنْهَا: لَفْظُ النِّكَاحِ، يَنْعَقِدُ مَعَ الْعَجْزِ بِغَيْرِ الْعَرَبِيَّةِ^(١)، وَمَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّعَلُّمِ فِيهِ وَجَهَانِ.
وَمِنْهَا: لَفْظُ اللَّعَانِ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ لَفْظِ النِّكَاحِ.

* * *

القاعدةُ الحاديةُ عشرة:

مَنْ عَلَيْهِ فَرَضٌ هَلْ لَهُ أَنْ يَتَنَفَّلَ قَبْلَ آدَائِهِ بِجَنْسِهِ أَمْ لَا؟ هَذَا نَوْعَانِ:
أَحَدُهُمَا: الْعِبَادَاتُ الْمُحَضَّةُ فَإِنْ كَانَتْ مُوسَّعَةً جَازَ التَّنَفُّلُ قَبْلَ آدَائِهَا كَالصَّلَاةِ بِالِاتِّفَاقِ،
وَقَبْلَ قَضَائِهَا أَيْضًا كَقَضَاءِ رَمَضَانَ عَلَى الْأَصَحِّ وَإِنْ كَانَتْ مُضَيِّقَةً لَمْ تَصَحَّ عَلَى الصَّحِيحِ
وَلِكَذَلِكَ صَوْرٌ:

مِنْهَا: إِذَا تَضَاقَى وَقْتُ الْمَكْتُوبَةِ هَلْ يَنْعَقِدُ التَّنَفُّلُ [المُطْلَقُ] حَيْثُ ذَا عَلَى وَجْهَيْنِ.
وَمِنْهَا: مَنْ عَلَيْهِ صَلَاةٌ فَائِتَّةٌ، هَلْ يَصَحُّ التَّنَفُّلُ الْمُطْلَقُ قَبْلَ قَضَائِهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ لِأَنَّ
قَضَاءَ الْفَوَائِتِ عَلَى الْفَوْرِ.
وَمِنْهَا: إِذَا شَرَعَ فِي التَّنَفُّلِ بَعْدَ إِقَامَةِ الصَّلَاةِ الْمَكْتُوبَةِ فَهَلْ تَصَحُّ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ لِأَنَّ
الْجَمَاعَةَ وَاجِبَةً^(٢).

وَمِنْهَا: صَوْمُ رَمَضَانَ، لَا يَصَحُّ أَنْ يَصُومَ فِيهِ عَنْ غَيْرِهِ، فَإِنْ فَعَلَ لَمْ يَصَحَّ عَنْ نَفْلِهِ^(٣)،
وَهَلْ يَنْقَلِبُ عَنْ فَرْضِهِ يَنْبِي عَلَى وَجُوبِ نِيَّةِ التَّعِينِ.
وَمِنْهَا: إِذَا حَجَّ تَطَوُّعًا قَبْلَ حَجَّةِ الْإِسْلَامِ لَمْ يَقَعْ عَنِ التَّطَوُّعِ وَأَنْقَلَبَتْ عَنْ حَجَّةِ الْإِسْلَامِ
عَلَى الْمَذْهَبِ الصَّحِيحِ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَجَّ عَنْ نَذْرِهِ أَوْ عَنْ نَفْلٍ وَعَلَيْهِ قَضَاءُ حَجَّةٍ فَاسِدَةٍ، وَقَعَتْ عَنِ الْقَضَاءِ دُونَ مَا
نَوَاهُ عَلَى الْمَذْهَبِ أَيْضًا، فَأَمَّا إِنْ تَنَفَّلَ بِالْحَجِّ بَعْدَ قَضَاءِ حَجَّةِ الْإِسْلَامِ وَقَبْلَ الْإِعْتِمَارِ أَوْ
بِالْعَكْسِ فَهَلْ يَجُوزُ أَمْ لَا؟ قَالَ فِي التَّلْخِيصِ: يَنْبِي عَلَى أَنَّ الشُّكَّ هَلْ هُوَ عَلَى الْفَوْرِ أَمْ

(١) وذهب الشافعي إلى عدم انعقاده بغير العربية لأنه حقيقة شرعية كالصلاة حيث لا تصح بغير العربية لمن يعرفها، لكن ذلك مردود بأن الصيغة لا يقصد فيها سوى الكشف عن الإرادة الكامنة للمتعاقدين، وهو ما يمكن اظهارها بأي لغة من اللغات عربية كانت أو غير عربية.

(٢) لحديث «إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة» وقد أخرجه مسلم وأصحاب السنن وابن خزيمة وابن حبان من رواية عمرو بن دينار عن عطاء بن يسار عن أبي هريرة. والمراد هنا نفي الصحة والكمال ويحتمل أن يكون النفي هنا بمعنى النهي أي: لا تصلوا حيثن والاحتمال الأخير أرجح لأنه مؤيد برواية أخرى. فتح الباري (٢/١٤٩).

(٣) لأن صوم رمضان واجب مؤقت أي: لا يسع إلا صيام رمضان.

لا؟ فَإِنْ قُلْنَا: عَلَى الْفَوْرِ لَمْ يَجْزُ، وَإِلَّا جَازَ وَفِيهِ نَظَرٌ.

وَأَمَّا الزَّكَاةُ، فَقَالَ الْأَصْحَابُ: يَصِحُّ أَنْ يَتَنَفَّلَ بِالصَّدَقَةِ قَبْلَ آدَائِهَا، وَإِنْ كَانَتْ عَلَى الْفَوْرِ وَكَذَلِكَ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ مُهَنَّا: «فَيَمْنَنَ عَلَيْهِ زَكَاةٌ وَنَذْرٌ لَا يَبَالِي بِأَيِّهِمَا يَدُّ»، وَهَذَا إِذَا كَانَ مَالُهُ يَتَسَعُّ لَهُمَا، فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَتَسَعَّ فَسَنَذْكُرُهُ.

النَّوعُ الثَّانِي: التَّصَرُّفَاتُ الْمَالِيَّةُ كَالْعَتَقِ وَالْوَقْفِ وَالصَّدَقَةِ وَالْهَبَةِ إِذَا تَصَرَّفَ بِهَا وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، وَلَمْ يَكُنْ حُجْرَ عَلَيْهِ فَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ تَصَرُّفِهِ، وَإِنْ اسْتَعْرَقَ مَالَهُ فِي ذَلِكَ وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيَّ الدِّينِ، رَحِمَهُ اللَّهُ، أَنَّهُ لَا يَنْفَعُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ مَعَ مُطَالَبَةِ الْغُرَمَاءِ، إِلَيْهِمْ قَوْلًا فِي الْمَذْهَبِ وَيُمْكِنُ تَخْرِيجُهُ فِي الْمَذْهَبِ مِنْ أَصْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: مَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي رِوَايَةٍ حَبَلٍ فَيَمْنَنَ: «تَبَرَّعَ بِمَالِهِ بِوَقْفٍ أَوْ صَدَقَةٍ وَأَبَوَاهُ مُحْتَاجَانِ» أَنَّ لَهُمَا رَدَّهُ وَاحْتِجَّ بِالْحَدِيثِ الْمَرْوِيِّ فِي ذَلِكَ^(١).

وَالثَّانِي: أَنَّهُ نَصَّ فِي رِوَايَةٍ أُخْرَى عَلَى مَنْ: «أَوْصَى لِأَجَانِبٍ وَلَهُ أَقَارِبُ مُحْتَاجُونَ» أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَرُدُّ عَلَيْهِمْ فَتَخْرُجُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ تَبَرَّعَ وَعَلَيْهِ نَفَقَةٌ وَاجِبَةٌ لِوَارِثٍ، أَوْ دَيْنٌ لَيْسَ لَهُ وَقَاءً، أَنَّهُ يَرُدُّ وَلِهَذَا يَبَاعُ الْمُدَبِّرُ فِي الدِّينِ خَاصَّةً عَلَى رِوَايَةٍ، وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ فَيَمْنَنَ: «تَصَدَّقَ عِنْدَ مَوْتِهِ بِمَالِهِ كُلِّهِ» قَالَ: هَذَا مَرْدُودٌ لَوْ كَانَ فِي حَيَاتِهِ لَمْ أَجُوزْ لَهُ إِذَا كَانَ لَهُ وَلَدٌ.

* * *

القاعدة الثانية عشرة:

الْمَذْهَبُ أَنَّ الْعِبَادَاتِ الْوَارِدَةَ عَلَى وَجْهِ مُتَعَدِّدَةٍ يَجُوزُ فِعْلُهَا عَلَى جَمِيعِ تِلْكَ الْوُجُوهِ الْوَارِدَةِ فِيهَا مِنْ غَيْرِ كِرَاهَةٍ لِبَعْضِهَا، وَإِنْ كَانَ بَعْضُهَا أَفْضَلَ مِنْ بَعْضٍ، لَكِنْ هَلِ الْأَفْضَلُ الْمُدَاوِمَةُ عَلَى نَوْعٍ مِنْهَا، أَوْ فِعْلُ جَمِيعِ الْأَنْوَاعِ فِي أَوْقَاتٍ شَتَّى، ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ الْأَوَّلِ، وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيَّ الدِّينِ، رَحِمَهُ اللَّهُ.

الثَّانِي: لِأَنَّ فِيهِ اقْتِدَاءٌ بِالنَّبِيِّ ﷺ فِي تَنَوُّعِهِ، وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي صَلَاةِ الْخَوْفِ: لَهَا تَنَوُّعَاتٌ بِحَسَبِ الْمَصَالِحِ فَتُصَلَّى فِي كُلِّ وَقْتٍ عَلَى صِفَةٍ تَكُونُ مُنَاسِبَةً لَهُ، وَهَلِ الْأَفْضَلُ

(١) يقصد حديث «أنت ومالك لانيك» وهو حديث أخرجه ابن ماجه من حديث جابر رضى الله عنه، قال الدارقطني: غريب تفرد به عيسى بن يونس بن أبى إسحاق، وقال ابن القطان: إسناده صحيح، وقال المنذرى: رجاله ثقات، وله طرق أخرى عن جابر أيضاً. فتح البارى (٥/٢١١)، سنن ابن ماجه ح (٢٢٩١) (٢/٧٦٩).

الْجَمْعُ بَيْنَ مَا أَمَكْنَ جَمْعُهُ مِنْ تِلْكَ الْأَنْوَاعِ أَوْ الْاِقْتِصَارُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهَا؟ هَذَا فِيهِ نِزَاعٌ فِي الْمَذْهَبِ وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ صَوْرٌ:

مِنْهَا: مَسْحُ الْأَذْنَيْنِ، الْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ مَسْحُهُمَا مَرَّةً وَاحِدَةً إِمَّا مَعَ الرَّأْسِ أَوْ بِمَاءٍ جَدِيدٍ، وَلَا يُسَنُّ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا، وَحُكِيَ عَنِ الْقَاضِي عَبْدِ الْوَهَّابِ بْنِ جَلْبَةَ، قَاضِي حَرَّانَ، أَنَّ الْأَفْضَلَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا عَمَلًا بِالْحَدِيثَيْنِ^(١).

وَمِنْهَا: الْاِسْتِفْتَاخُ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّ الْأَفْضَلَ الْاِسْتِفْتَاخُ بِسُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ مُقْتَصِرًا عَلَيْهِ، وَاخْتَارَ ابْنُ هُبَيْرَةَ أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْاِسْتِفْتَاخِ بِوَجْهَتَيْنِ وَجْهِي أَفْضَلُ، وَذَكَرَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ، رَحِمَهُ اللَّهُ، أَنَّهُ يُسْتَفْتَحُ كَذَلِكَ، وَلَكِنْ وَرَدَ فِي الْجَمْعِ أَحَادِيثٌ مُتَعَدِّدَةٌ، وَفِيهَا ضَعْفٌ وَيَتَقَدَّرُ ثُبُوتُهَا، فَلَا تَكُونُ الْمَسْأَلَةُ مِنْ هَذَا الْقِيلِ.

وَمِنْهَا: إِجَابَةُ الْمُؤَذِّنِ، هَلْ يُشْرَعُ فِيهَا الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَيْعَلَةِ^(٢) وَالْحَوْفَلَةِ^(٣) أَمْ لَا؟ وَكَذَا فِي التَّثْوِيبِ فِي الْفَجْرِ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَمِنْهَا: سُنَّةُ الْجُمُعَةِ بَعْدَهَا، نَقَلَ إِبْرَاهِيمُ الْحَرَبِيُّ عَنْ أَحْمَدَ، رَحِمَهُ اللَّهُ، أَنَّهُ قَالَ: أَمْرُ النَّبِيِّ ﷺ بِأَرْبَعِ رَكَعَاتٍ، وَصَلَّى هُوَ رَكَعَتَيْنِ، فَأَيُّهُمَا فَعَلَتْ فَحَسَنٌ، وَإِنْ أَرَدْتَ أَنْ تَحْتَاطَ صَلَّيْتَ رَكَعَتَيْنِ وَأَرْبَعًا جَمَعْتَ فَعَلَهُ وَأَمْرُهُ. وَهَذَا مَا أَخَذَ غَرِيبٌ لَاسْتِحْبَابِ السُّنَّةِ، وَأَمَّا الْأَصْحَابُ فَلَمْ يَسْتَنْدُوا إِلَّا إِلَى مَا نَقَلَ عَنْ بَعْضِ الصَّحَابَةِ مِنْ صَلَاتِهِ سِتَّ رَكَعَاتٍ.

وَمِنْهَا: أَلْفَاظُ الصَّلَاةِ عَلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي التَّشَهُّدِ، فَإِنَّهُ قَدْ وَرَدَ فِيهَا: كَمَا صَلَّيْتَ عَلَى آلِ إِبْرَاهِيمَ وَوَرَدَ كَمَا صَلَّيْتَ عَلَى إِبْرَاهِيمَ، فَهَلْ يُقَالُ الْأَفْضَلُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا، فَإِنَّ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ اخْتَارَ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا، وَقَدْ يَكُونُ مُسْتَنْدَهُ جَمْعُ الرَّوَايَتَيْنِ، وَأَنْكَرَ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللَّهُ ذَلِكَ، وَقَالَ: لَمْ يَلْغُزِي فِيهِ حَدِيثٌ مُسْنَدٌ نَابِتٌ بِالْجَمْعِ بَيْنَهُمَا، وَلَا يَصَحُّ أَنْ يُجْمَعَ بَيْنَ الرَّوَايَتَيْنِ، لِأَنَّهُ كَانَ يَقُولُ هَذَا تَارَةً، وَهَذَا تَارَةً، فَأَحَدُ اللَّفْظَيْنِ بَدَلٌ عَنِ الْآخَرِ، وَلَا

(١) والجمع بين مسح الأذنين مع الرأس بماء واحد مذهب مالك وأحمد وأبى حنيفة رضى الله عنهم، قال الترمذى: والعمل على هذا كان عليه أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ ومن بعدهم. عون المعبود (١٥٤/١)

(٢) المراد بها قوله: (حى على الصلاة حى على الفلاح) قال الأزهرى: قال الخليل: لا تجتمع العين والحاء فى كلمة أصلية الحروف لفرق مخرجيهما إلا أن تؤلف كلمة من كلمتين مثل جى على فيقال جيعل، وهى الحيعلة. تحرير الفاظ التنبيه (٥٢/١).

(٣) الحوفلة: بتقديم الكاف على اللام ومعناها إظهار الفقر إلى الله بطلب المعونة منه على ما يحاول من الأمور، وهى حقيقة العبودية. لسان العرب (٦٧/١٠).

يَصِحُّ الْجَمْعُ بَيْنَ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ، كَذَا قَالَ. وَقَدْ ثَبَتَ فِي صَحِيحِ الْبُخَارِيِّ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا مِنْ حَدِيثِ كَعْبِ بْنِ عُجْرَةَ، وَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ مِنْ حَدِيثِ كَعْبٍ أَيْضًا، وَمِنْ حَدِيثِ أَبِي طَلْحَةَ^(١).

* * *

القاعدة الثالثة عشرة:

إِذَا وَجَدْنَا أَثَرًا مَعْلُولًا لِعِلَّةٍ وَوَجَدْنَا فِي مَحَلِّهِ عِلَّةً صَالِحَةً لَهُ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الْأَثَرُ مَعْلُولًا لِغَيْرِهَا لَكِنْ لَا يَتَحَقَّقُ وُجُودُ غَيْرِهَا، فَهَلْ يُحَالُ ذَلِكَ الْأَثَرُ عَلَى تِلْكَ الْعِلَّةِ الْمَعْلُولَةِ أَمْ لَا؟ فِي الْمَسْأَلَةِ خِلَافٌ وَلَهَا صُورٌ كَثِيرَةٌ قَدْ يَفُورُ فِي بَعْضِهَا الْإِحَالَةُ وَفِي بَعْضِهَا الْعَدَمُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ لَا عِلَّةَ سِوَى هَذِهِ الْمُتَحَقِّقَةِ وَقَدْ يَظْهَرُ فِي بَعْضِ الْمَسَائِلِ الْإِحَالَةُ عَلَيْهَا فَيَتَوَافَقُ الْأَصْلُ الظَّاهِرُ، وَقَدْ تَظْهَرُ الْإِحَالَةُ عَلَى غَيْرِهَا فَيَخْتَلِفَانِ.

فَمِنْ صُورِ الْمَسْأَلَةِ: مَا إِذَا وَقَعَ فِي الْمَاءِ نَجَاسَةٌ ثُمَّ غَابَ عَنْهُ ثُمَّ وَجَدَهُ مُتَغَيِّرًا فَإِنَّهُ يُحَكَّمُ بِنَجَاسَتِهِ عِنْدَ الْأَصْحَابِ إِحَالَةً لِلتَّغْيِيرِ عَلَى النَّجَاسَةِ الْمَعْلُومِ طَرْمَسَاءَ فِيهِ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ وُجُودِ مُغَيَّرٍ غَيْرِهَا وَخَرَجَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ فِيهِ وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ طَاهِرٌ مِنْ مَسْأَلَةِ الصَّيْدِ الْآتِيَةِ وَالْأَوَّلَى أَوْلَى لِأَنَّ الْأَصْلَ طَهَارَةَ الْمَاءِ فَلَا يُزَالُ عَنْهَا بِالشَّكِّ^(٢).

وَمِنْهَا: مَا إِذَا وَجِدَ مِنَ النَّائِمِ قَبْلَ نَوْمِهِ سَبَبٌ يَقْتَضِي خُرُوجَ الْمَذْيِ مِنْهُ مِنْ تَفَكُّرٍ أَوْ مَلَاعِبَةٍ وَنَحْوِهِمَا ثُمَّ نَامَ وَاسْتَيْقَظَ وَوَجَدَ بَلَدًا لَمْ يَتَّقِنَهُ مَيِّتًا وَلَمْ يَذْكُرْ حُلْمًا فَإِنَّ الْمَصْصُوحَ عَنْ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا غُسْلَ عَلَيْهِ إِحَالَةً لِلخَارِجِ عَلَى السَّبَبِ الْمُتَقَيَّنِّ وَهُوَ الْمُقْتَضِي لِخُرُوجِ الْمَذْيِ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ وُجُودِ غَيْرِهِ وَقَدْ تَيَقَّنَ وُجُودَهُ، وَحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ رَوَايَةً أُخْرَى بِوُجُوبِ الْغُسْلِ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَرَحَ صَيْدًا جُرْحًا غَيْرَ مُوْحٍ ثُمَّ غَابَ عَنْهُ وَوَجَدَهُ مَيِّتًا وَلَا أَثَرَ فِيهِ غَيْرُ سَهْمِهِ فَهَلْ يَحِلُّ أَكْلُهُ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ أَصَحُّهُمَا: أَنَّهُ يَحِلُّ لِحَدِيثِ عَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ. وَالثَّانِيَّةُ: لَا يَحِلُّ لِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا كُلُّ مَا أَصْمَيْتَ وَدَعَّ مَا أَتْمَيْتَ^(٣) وَلِذَلِكَ تَسْمَى مَسْأَلَةُ

(١) حديث برقم (٣١٠٥) مصنف عبد الرزاق (٢/٢١٢) وفيه الجمع بينهما.

(٢) وذلك استصحابا للحال أخذا من القاعدة الأصولية «أن ما ثبت بالنص لا يزول بالشك، ولا يزول إلا بيقين مثله». الأشباه والنظائر (١/٥٧). فالأصل في الماء الطهارة، فلا تزول عن هذه الصفة بمجرد الشك في كونه تنجيس.

(٣) رواه البيهقي موقوفاً من وجهين، قال: وروى مرفوعاً وسندهما في المعرفة ضعيف فيه عثمان بن عبد

الإصمَاءُ وَالْإِنْمَاءُ، وَفِيهِ رَوَايَةٌ ثَالِثَةٌ إِنْ غَابَ عَنْهُ لَيْلَةٌ لَمْ يَحِلَّ، وَإِلَّا حَلَّ، وَفِيهِ حَدِيثٌ مَرْفُوعٌ، وَفِيهِ ضَعْفٌ، وَعَلَّلَ بِأَنَّ هَوَامَّ اللَّيْلِ كَثِيرَةٌ، فَكَأَنَّ الظَّاهِرَ هُنَا وَهُوَ وَجُودُ سَبَبٍ آخَرَ حَصَلَ مِنْهُ الزُّهْقُ قَوِيٌّ عَلَى الْأَصْلِ وَهُوَ عَدَمُ إصَابَةِ غَيْرِ السَّهْمِ لَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَرَحَ الْمُخْرِمُ صَبْدًا جُرْحًا غَيْرَ مُوحٍ ثُمَّ غَابَ عَنْهُ ثُمَّ وَجَدَهُ مَيِّتًا، فَهَلْ يَضْمَنُهُ كَلَّةٌ أَوْ أَرَشُ الْجُرْحِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ وَجَزَمَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ بِضَمَانِ أَرَشِ الْجُرْحِ فَقَطَّ لِأَنَّهُ الْمُتَيَقِّنُ، وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ الدِّمَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَرَحَ آدَمِيًّا مَعْصُومًا جُرْحًا غَيْرَ مُوحٍ ثُمَّ مَاتَ وَادَّعَى أَنَّهُ مَاتَ بِسَبَبِ غَيْرِ مِرَايَةِ جُرْحِهِ وَأَنْكَرَ الْوَلِيُّ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَلِيِّ مَعَ يَمِينِهِ، وَلَمْ يَحْكُ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ فِي ذَلِكَ خِلَافًا لِإِحَالَةِ لِلزُّهْقِ عَلَى الْجُرْحِ الْمَعْلُومِ، وَفِي الْمَجْرَدِ أَنَّهُ إِنْ مَاتَ عَقِيبَ الْجُرْحِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَلِيِّ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ مُدَّةٍ يَتَدَمَّلُ الْجُرْحُ فِي مِثْلِهَا، فَإِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ بِأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ ضَمِنًا مِنَ الْجُرْحِ حَتَّى مَاتَ فَكَذَلِكَ، وَإِلَّا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَانِي، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْوَلِيِّ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ لِأَمَتِهِ وَلَهَا وَلَدٌ هَذَا الْوَلَدُ مِنِّي، فَهَلْ يَثْبُتُ بِذَلِكَ اسْتِيلَادُ الْأُمَةِ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ، لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ سَبَبًا يَتَحَقَّقُ بِهِ لِحُوقُ النَّسَبِ [هُنَا] غَيْرَ مِلْكِ الْيَمِينِ فَيَحَالُ اللَّحُوقُ عَلَيْهِ فَيَسْتَلْزِمُ ذَلِكَ ثُبُوتُ الْاسْتِيلَادِ فِي الْأُمَةِ.

وَالثَّانِي: لَا، لِأَحْتِمَالِ اسْتِيلَادِهِ قَبْلَ ذَلِكَ فِي نِكَاحٍ أَوْ وَطْءٍ شَبْهَةٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ ادَّعَى رَقٍّ مَجْهُولُ النَّسَبِ فَشَهِدَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ وَلَمْ تَقُلْ فِي مِلْكِهِ فَهَلْ يُحْكَمُ لَهُ بِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ رَجَّحَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ أَنَّهَا إِنْ شَهِدَتْ أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ وَنَحَوَ ذَلِكَ مِمَّا فِيهِ إِضَافَةُ الْوَلَدِ إِلَى الْأُمَةِ الْمُضَافَةِ إِلَيْهِ حُكْمٌ لَهُ بِالْوَلَدِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ بِأَنَّ شَهِدَتْ أَنَّ هَذَا وَلَدُ هَذِهِ الْأُمَةِ، وَأَنَّ أُمَّهُ مِلْكٌ لَهُ لَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِالْوَلَدِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ رَجُلٌ: هَذَا ابْنِي مِنْ زَوْجَتِي وَادَّعَتْ زَوْجَتُهُ ذَلِكَ وَادَّعَتْهُ أَمْرَأَةٌ أُخْرَى، فَهَوَّ ابْنُ الرَّجُلِ وَهَلْ تُرْجَحُ زَوْجَتُهُ عَلَى الْأُخْرَى؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: تُرْجَحُ لِأَنَّ زَوْجَهَا أَبُوهُ فَالظَّاهِرُ أَنَّهَا أُمُّهُ.

وَالثَّانِي: يَتَسَاوَيَانِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا لَوْ انْفَرَدَتْ لِلْحَقِّ بِهَا، فَإِذَا اجْتَمَعَتَا تَسَاوَتَا

[ذَكَرَهُ فِي الْمُغْنِي].

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ أَمَةٌ لَهُ مِنْ رَجُلٍ فَوَلَدَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَادَّعَى الْبَائِعُ أَنَّهُ وَلَدَهُ فَصَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي أَنَّهَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَكِنَّ الْبَائِعَ وَيَنْفَسَخُ الْبَيْعُ نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ، رَحِمَهُ اللَّهُ، فِي رَوَايَةٍ مِثْلَهَا، وَذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ وَذَكَرَ ذَلِكَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَتَأَوَّلَهُ عَلَى أَنَّهُ ادَّعَى أَنَّهَا وَلَدَتْ فِي مِلْكِهِ وَصَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي عَلَى ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَلَدَتْ الْمُطْلَقَةُ الرَّجْعِيَّةُ وَلَكِنَّ لَا يُمَكِّنُ الْحَاقَّةُ بِالْمُطْلَقِ إِلَّا بِتَقْدِيرٍ وَطِءٍ حَاصِلٍ مِنْهُ فِي زَمَنِ الْعِدَّةِ، فَهَلْ يَلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ فِي هَذِهِ الْحَالِ أَمْ لَا؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ أَصَحُّهُمَا لُحُوفُهُ لِأَنَّ الْفِرَاشَ لَمْ يَزَلْ بِالْكُلِّيَّةِ فَإِحَالَةُ الْحَمْلِ عَلَيْهِ أَوَّلَى كَحَالَةِ صُلْبِ النِّكَاحِ وَعَلَى هَذَا فَهَلْ يُحْكَمُ بِارْتِجَاعِهَا بِالْحُقُوقِ النَّسَبِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَصَحُّهُمَا وَهُوَ الْمَنْصُوصُ أَنَّهَا [تَصِيرُ] مُرْتَجِعَةٌ بِذَلِكَ وَيَنْبِئُ عَلَى ذَلِكَ مَسْأَلَةٌ مُشْكِلَةٌ فِي تَعْلِيلِ الطَّلَاقِ بِالْوِلَادَةِ ذَكَرَهَا صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِيهِ، وَأَمَّا شَكْلُ تَوْجِيهِهَا عَلَى الْأَصْحَابِ فَقَدْ أَفْرَدْنَا لَهَا جُزْءًا.

وَمِنْهَا: أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِيفَاءُ الْحَقِّ مِنْ مَالِ الْغَرِيمِ إِذَا كَانَ ثَمَّ سَبَبٌ ظَاهِرٌ يُحَالُ الْأَخْذُ عَلَيْهِ، وَلَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ السَّبَبُ خَفِيًّا، هَذَا هُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ فَيَبَاحُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَأْخُذَ مِنْ مَالِ زَوْجِهَا نَفَقَتَهَا وَنَفَقَةَ وَلَدِهَا بِالْمَعْرُوفِ^(١) وَلِلضَّيْفِ إِذَا نَزَلَ بِالْقَوْمِ فَلَمْ يَقْرُوهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ أَمْوَالِهِمْ بِقَدْرِ قِرَافَةِ الْمَعْرُوفِ، لِأَنَّ السَّبَبَ إِذَا ظَهَرَ لَمْ يُنْسَبْ أَخْذُهُ إِلَى خِيَانَةٍ بَلْ يُحَالُ أَخْذُهُ عَلَى السَّبَبِ الظَّاهِرِ بِخِلَافِ مَا إِذَا خَفِيَ فَإِنَّهُ يُنْسَبُ بِالْأَخْذِ إِلَى الْخِيَانَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ فِي مَرَضِهِ أَنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا فَسَالِمٌ حُرٌّ وَإِنْ بَرِثْتُ مِنْهُ فَعَانِمٌ حُرٌّ مَاتَ وَلَمْ يُعْلَمْ هَلْ مَاتَ مِنَ الْمَرَضِ أَوْ بَرِثَ مِنْهُ فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُوهٍ:

أَحَدُهَا: يُعْتَقُ سَالِمٌ لِأَنَّ الْأَصْلَ دَوَامُ الْمَرَضِ وَعَدَمُ الْبُرْءِ، وَلَأَنَّا قَدْ تَحَقَّقْنَا انْعِقَادَ سَبَبِ الْمَوْتِ بِمَرَضِهِ وَشَكَّكْنَا فِي حَدُوثِ سَبَبٍ آخَرَ غَيْرِهِ فَيُحَالُ الْمَوْتُ عَلَى سَبَبِهِ الْمَعْلُومِ.

وَالثَّانِي: يُعْتَقُ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ لِأَنَّ أَحَدَ الشَّرْطَيْنِ وَجِدَ ظَاهِرًا وَجَهْلَ عَيْنُهُ.

وَالثَّلَاثُ: لَا يُعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ مَاتَ فِي مَرَضِهِ ذَلِكَ بِسَبَبٍ حَادِثٍ فِيهِ مِنْ قَتْلِ أَوْ غَيْرِهِ فَلَمْ يَمُتْ مِنْ مَرَضِهِ وَلَمْ يَبْرَأْ مِنْهُ فَلَمْ يَتَحَقَّقْ وَجُودُ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرْطَيْنِ.

(١) فالشارع سلط المرأة على ذلك في قوله ﷺ لَهْدَ خَدَيِ مَا يَكْفِيكَ وولدت بالمعروف لما شكت إليه شح أبا سفيان وأنه لا يعطها من النفقة ما يكفيها ووداها، فقال لها: خدي ...، وفيه دلالة على قبول قول النساء في عدم النفقة في الماضي كأن كان الزوج مسافرًا لا ينفق عليها. كتب ورسائل ابن تيمية في الفقه (٨٠/٣٤).

وَمِنْهَا: لَوْ أَصْدَقَهَا تَعْلِيمَ سُورَةٍ مِنَ الْقُرْآنِ ثُمَّ طَلَّقَهَا وَوُجِدَتْ حَافِظَةً لَهَا وَتَنَازَعَا هَلْ عَلَّمَهَا الزَّوْجُ فَبَرِئَ مِنَ الصَّدَاقِ أَمْ لَا فَإِيْهُمَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ. فِيهِ وَجْهَانِ وَخَرَجَ عَلَيْهِمَا الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ مَسْأَلَةَ اخْتِلَافِهِمَا فِي الثَّقَّةِ وَالْكِسُوةِ مُدَّةَ مُقَامِهَا عِنْدَ الزَّوْجِ هَلْ كَانَتْ مِنَ الزَّوْجِ أَوْ مِنْهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ ادَّعَى صَاحِبُ الزَّرْعِ أَنَّ غَنَمَ فُلَانٍ نَفَشَتْ فِيهِ لَيْلًا وَوُجِدَ فِي الزَّرْعِ أَثَرُ غَنَمِهِ. قَضَى بِالضَّمَانِ عَلَى صَاحِبِ الْغَنَمِ ^(١) نَصًّا عَلَيْهِ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ وَجَعَلَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ هَذَا وَاشْتَبَاهَهُ مِنَ الْقِيَافَةِ ^(٢) فِي الْأَمْوَالِ وَجَعَلَهَا مُعْتَبَرَةً كَالْقِيَافَةِ فِي الْأَنْسَابِ ^(٣) وَبَيَّخَرَجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَا يَكْتَفَى بِذَلِكَ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَزَوَّجَ بَكْرًا فَادَّعَتْ أَنَّهُ عَيْنٌ ^(٤) فَكَذَّبَهَا وَادَّعَى أَنَّهُ أَصَابَهَا وَظَهَرَتْ ثُبَيَّا فَادَّعَتْ أَنَّ ثُبَيَّتَهَا بِسَبَبِ آخَرَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ وَبَيَّخَرَجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ مِنَ الْمَسَائِلِ الْمُتَقَدِّمَةِ.

وَمِنْهَا: اللَّوْثُ فِي الْقِسَامَةِ وَمَسَائِلُهُ مَعْرُوفَةٌ.

* * *

القاعدةُ الرَّابِعةُ عَشْرَةَ:

إِذَا وَجِدَ سَبَبٌ إِيْجَابٍ أَوْ تَحْرِيمٍ مِنْ أَحَدِ رَجُلَيْنِ لَا يَعْلَمُ عَيْنُهُ مِنْهُمَا، فَهَلْ يَلْحَقُ الْحُكْمُ بِكُلِّ مِنْهُمَا أَوْ لَا يَلْحَقُ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا شَيْءٌ فِي الْمَسْأَلَةِ خِلَافٌ وَلَهَا صُورٌ:

أَحَدَاهَا: إِذَا وَجَدَ اثْنَانِ مَيِّتًا فِي ثَوْبٍ يَنَامَانِ فِيهِ أَوْ سَمِعَا صَوْتًا خَارِجًا وَلَمْ يَعْلَمْ مِنْ أَيِّهِمَا هُوَ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ:

أَحَدَاهُمَا: لَا يَلْزَمُ وَاحِدًا مِنْهُمَا غُسْلٌ وَلَا وَضُوءٌ نَظَرًا إِلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَيَقِّنٌ

(١) ذهب البعض من العلماء إلى أنه إذا كان النفس ليلًا فعلى صاحب الغنم الضمان ولا يضمن إذا نهارًا. مستدلًا بحكم داود وسليمان عليها السلام في مثل هذه القضية واجتماعهما على ايجاب الضمان، وبما روى عن النبي ﷺ أن ناقةً للبراء بن عازب نفشت على زرع رجل فافسده فقضى ﷺ على أهل الأموال حفظها بالنهار وعلى أهل المواشي حفظها بالليل. أحكام القرآن للجصاص (٥٣/٥ - ٥٥).

(٢) القيافة: المصدر. وفلان يتقوف على مالى أى: يحجر عليّ فيه. لسان العرب (٢٩٣/٩).

(٣) وأوجب الضمان على صاحبها سواء كان النفس ليلًا أو نهارًا، فرط أو لم يفرط كانت يده عليها أو لا لتعديه بإسكانها. كشف القناع (١٢٩/٤).

(٤) العين: الذى لا يأتى النساء ولا يريدهن، يقال عن عن امرأته إذا حكم القاضى عليه بذلك، أو منع عنها بالسحر، والاسم منه العنة، كأنه اعترضه ما يجسه عن النساء، وأمرأة عنيّة كذلك، لا تريد الرجال ولا تشتهيهم. لسان العرب (٢٩٣/٩).

لِلطَّهَارَةِ شَاكَ فِي الْحَدَثِ.

وَالثَّانِيَةُ: يَلْزِمُهُمَا الْغُسْلُ وَالْوُضُوءُ لِأَنَّ الْأَصْلَ زَالِ يَقِينًا فِي أَحَدِهِمَا فَتَعَدَّرَ الْبَقَاءُ عَلَيْهِ وَتَعَيَّنَ الْإِحْتِيَاظُ وَلَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى النَّظَرِ فِي كُلِّ وَاحِدٍ بِمُفْرَدِهِ كَثَوَيْنِ أَوْ إِنَاءَيْنِ نَجَسَ أَحَدُهُمَا.

الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ: قَالَ أَحَدُ الرَّجُلَيْنِ إِنْ كَانَ هَذَا الطَّائِرُ غُرَابًا فَأَمْرَانِي طَالِقٌ، وَقَالَ الْآخَرُ إِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا فَأَمْرَانِي طَالِقٌ وَغَابَ وَلَمْ يَعْلَمْ مَا هُوَ. فَبَيَّنَا وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: مَا قَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَأَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُمَا بَيَّنَّا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى يَقِينٍ نِكَاحَهُ.

وَالثَّانِي: وَهُوَ اخْتِيَارُ الشِّرَازِيِّ فِي الْإِبْضَاحِ وَابْنِ عَقِيلٍ أَنَّهُ تَخْرُجُ الْمُطْلَقَةُ مِنْهُمَا بِالْقُرْعَةِ. وَقَالَ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ: هُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ لِأَنَّ وَاحِدَةً مِنْهُمَا طَلَّقَتْ يَقِينًا فَأَخْرَجَتْ بِالْقُرْعَةِ كَمَا لَوْ كَانَتْ الزَّوْجَتَانِ لِرَجُلٍ وَاحِدٍ وَذَكَرَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ احْتِمَالًا يَقْتَضِي وَقُوعَ الطَّلَاقِ بِهِمَا حُكْمًا كَمَا تَجِبُ الطَّهَارَةُ عَلَيْهِمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَقَدْ أَوَمَّا إِلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ صَالِحٍ، وَحَكَى لَهُ قَوْلَ الشَّعْبِيِّ فِي رَجُلٍ قَالَ لِآخَرٍ: إِنَّكَ لَحَسُودٌ، فَقَالَ لَهُ الْآخَرُ: أَحْسَدْنَا امْرَأَتَهُ طَالِقٌ ثَلَاثًا، فَقَالَ الْآخَرُ: نَعَمْ. قَالَ الشَّعْبِيُّ: حَسِبْتُمَا وَخَسِرْتُمَا وَبَانَتْ مِنْكُمَا امْرَأَتَاكُمَا جَمِيعًا.

وَحَكَى لَهُ قَوْلَ الْحَارِثِ: أَدْبَيْتُهُمَا وَأَمْرُهُمَا بِتَقْوَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، وَأَقُولُ أَنْتُمَا أَعْلَمُ بِمَا حَلَفْتُمَا عَلَيْهِ، فَقَالَ أَحْمَدُ: هَذَا شَيْءٌ لَا يُدْرِكُ الْقَاهِمَا فِي التَّهْلُكَةِ فَإِنْ كَارَهُ لِقَوْلِ الْحَارِثِ يَدُلُّ عَلَى مُوَافَقَتِهِ لِقَوْلِ الشَّعْبِيِّ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ فِيهِمَا. هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ ذَكَرَهُ الشَّيْخُ نَقِيُّ الدِّينِ، وَقَالَ: هُوَ بِنَاءٌ عَلَى أَنَّهُ حَلَفَ عَلَى مَا لَمْ يَعْلَمْ صِحَّتَهُ أَوْ مَا لَا تُدْرِكُ صِحَّتَهُ فَبَحَثْتُ كَقَوْلِ مَالِكٍ. وَيَدُلُّ عَلَيْهِ تَعْلِيلُ أَحْمَدَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ عَلَى مَنْ قَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ بِأَنَّ مَشِيئَةَ اللَّهِ لَا تُدْرِكُ وَهَذَا الْقَوْلُ فِيهِ بُعْدٌ لِأَنَّ لِقَاعَ طَلَاقِهِمَا يُفْضِي إِلَى أَنْ يَبَاحَ لِلزَّوْجِ مَنْ هِيَ فِي زَوْجِيَّةِ الْغَيْرِ بَاطِنًا، وَفِي إِجْبَارِهِمَا عَلَى تَجْدِيدِ الطَّلَاقِ إِجْبَارُ الْإِنْسَانِ عَلَى قَطْعِ مِلْكِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ وَهُوَ ضَرَرٌ بِخِلَافِ إِجْبَابِ الطَّهَارَةِ عَلَيْهِمَا فَإِنَّهُ لَا ضَرَرَ فِيهِ وَلَكِنَّا وَجَّهَ آخَرَ بِوُجُوبِ اعْتِرَازِ كُلِّ مِنْهُمَا زَوْجَتَهُ حَتَّى يَتَيَقَّنَ الْأَمْرَ. وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ، رَحِمَهُ اللَّهُ، فِي رَوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ وَنَقَلَ حَرْبٌ عَنْ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ ذَكَرَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فَتَوَقَّفَ فِيهَا وَقَالَ أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ لَا أَقُولَ فِيهَا شَيْئًا وَتَوَقَّفَ عَنْهَا.

الصُّورَةُ الثَّالِثَةُ: قَالَ أَحَدُهُمَا: إِنْ كَانَ غُرَابًا فَأَمْتِي حُرَّةً، وَقَالَ الْآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا فَأَمْتِي حُرَّةً. وَفِيهَا: الْوَجْهَانِ الْمَذْكُورَانِ فِي الطَّلَاقِ، وَقِيَاسُ الْمَنْصُوصِ هَاهُنَا أَنْ يَكْفَى كُلُّ وَاحِدٍ عَنْ وَطْءِ أُمْتِهِ حَتَّى يَتَيَقَّنَ فَإِنْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا أُمَّ الْآخَرِ عَيْنَ الْمُعْتَقَةِ مِنْهُمَا بِالْقُرْعَةِ عَلَى أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ لِاجْتِمَاعِهِمَا فِي مِلْكِهِ وَإِحْدَاهُمَا عَتِيقَةٌ كَمَا قُلْنَا: لَا يَصِحُّ أَنْ يَأْتِمَّ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى، لِأَنَّ أَحَدَهُمَا مُحْدَثٌ يَقِينًا فَيَنْظَرُ إِلَيْهِمَا مُجْتَمِعَيْنِ فِي حُكْمٍ يَتَعَلَّقُ بِاجْتِمَاعِهِمَا.

وَكَيْسَ مِنْ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ إِذَا وَطِئَ اثْنَانِ امْرَأَةً بِشَبْهَةٍ فِي طَهْرٍ وَأَتَتْ بِوَلَدٍ وَضَاعَ نَسَبُهُ لِفَقْدِ الْقَافَةِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ وَارْضَعَتْ أُمُّهُ بِلَيْتِهِ وَلَدًا آخَرَ، فَإِنَّهُ يَصِيرُ حُكْمُ كُلِّ مِنَ الصَّغِيرَيْنِ حُكْمَ وَلَدٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الرَّجُلَيْنِ عَلَى الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّعَيْنِ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَلْ يَجُوزُ عِنْدَنَا أَنْ يَكُونَ لِهَمَا فَلَيْسَ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ.

* * *

القاعدة الخامسة عشرة:

إِذَا اسْتَضَحَبْنَا أَصْلًا وَأَعْمَلْنَا ظَاهِرًا فِي طَهَارَةِ شَيْءٍ أَوْ حِلِّهِ أَوْ حُرْمَتِهِ وَكَانَ لَازِمٌ ذَلِكَ تَغْيِيرُ أَصْلٍ آخَرَ يَجِبُ اسْتَضْحَابُهُ أَوْ تَرْكُ الْعَمَلِ بِظَاهِرٍ آخَرَ يَجِبُ إِعْمَالُهُ لَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى ذَلِكَ اللَّازِمِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلِذَلِكَ صُورُ:

مِنْهَا: إِذَا اسْتَيْقَظَ مِنْ نَوْمِهِ فَوَجَدَ فِي ثَوْبِهِ بَلَلًا وَقُلْنَا: لَا يَلْزَمُهُ الْغُسْلُ عَلَى مَا سَبَقَ فِيمَا إِذَا تَقَدَّمَ مِنْهُ سَبَبُ الْمَذْيِ، فَلَا يَلْزَمُهُ أَيضًا غُسْلُ ثَوْبِهِ بِحَيْثُ نَقُولُ: إِذَا سَقَطَ عَنْهُ الْغُسْلُ لِحُكْمِنَا بِأَنَّ الْبَلَلَ مَذْيٌ بَلْ نَقُولُ فِي ثَوْبِهِ الْأَصْلُ طَهَارَتُهُ فَلَا يَنْجُسُ بِالشَّكِّ، وَالْأَصْلُ طَهَارَةُ بَدَنِهِ فَلَا يَلْزَمُهُ الْغُسْلُ بِالشَّكِّ فَيَقَى فِي كُلِّ مِنْهُمَا عَلَى أَصْلِهِ، ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُتُوهِ عَنْ الشَّرِيفِ أَبِي جَعْفَرٍ. وَيَتَّبِعِي عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ أَنْ لَا تَجُوزَ لَهُ الصَّلَاةُ قَبْلَ الْاِغْتِسَالِ فِي ذَلِكَ الثَّوْبِ قَبْلَ غَسْلِهِ لِأَنَّا نَتَيَقَّنُ وَجُودَ الْمُفْسِدِ لِلصَّلَاةِ لَا مَحَالَةَ.

وَمِنْهَا: إِذَا لَبَسَ خِفًّا ثُمَّ أَحْدَثَ ثُمَّ صَلَّى وَشَكَّ هَلْ مَسَحَ عَلَى الْخِفِّ قَبْلَ الصَّلَاةِ أَوْ بَعْدَهَا وَقُلْنَا: ابْتِدَاءُ الْمُدَّةِ مِنَ الْمَسْحِ، جَعَلْنَا ابْتِدَاءَهَا قَبْلَ الصَّلَاةِ وَأَوْجَبْنَا إِعَادَةَ الصَّلَاةِ لِأَنَّ الْأَصْلَ وَجُوبُ غُسْلِ الرَّجُلَيْنِ وَالْأَصْلُ بَقَاءُ الصَّلَاةِ فِي الذِّمَّةِ^(١).

وَمِنْهَا: إِذَا رَمَى حَيَوَانًا مَأْكُولًا بِسَهْمٍ وَلَمْ يُوَحِّهِ فَوْقَ فِي مَاءٍ يَسِيرُ فَوَجَدَهُ مَيْتًا فِيهِ، فَإِنَّ

(١) ذهب الشافعية إلى أنه يجب عليه إعادة الصلاة، لأن الأصل بقاؤها في ذمته. المذهب (١/٢٠).

الْحَيَّوَانُ لَا يُبَاحُ خَشْيَةُ أَنْ يَكُونَ الْمَاءُ أَعَانَ عَلَى قَتْلِهِ وَالْأَصْلُ تَحْرِيمُهُ حَتَّى يَتَيَقَّنَ وَجُودُ السَّبَبِ الْمُسَبِّحِ لَهُ وَلَا يَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ نَجَاسَةُ الْمَاءِ أَيْضًا لِحُكْمِنَا عَلَى الصَّبْدِ بِأَنَّهُ مَيْتَةٌ، بَلْ يُسْتَصْحَبُ فِي الْمَاءِ أَصْلُ الطَّهَارَةِ فَلَا يَنْجَسُهُ بِالشَّكِّ ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُصُولِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ لَأَمْرَأَتِهِ فِي غَضَبٍ اعْتَدِي وَظَهَرَتْ مِنْهُ قَرَائِنُ تَدْلُّ عَلَى إِرَادَتِهِ التَّعْرِضَ بِالْقَذْفِ أَوْ فَسْرَهُ بِالْقَذْفِ فَإِنَّهُ يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ لِأَنَّهُ كِنَايَةٌ أَقْتَرَنَ بِهَا غَضَبٌ وَهَلْ يُحَدُّ مَعَهَا ذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْمُفْرَدَاتِ احْتِمَالَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: وَبِهِ جَزَمَ فِي عَمْدِ الْأَدِلَّةِ أَنَّهُ يُحَدُّ؛ لِأَنَّهُمَا حَقَّانِ عَلَيْهِ فَلَا يُصَدَّقُ فِي وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

وَالثَّانِي: لَا يُحَدُّ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ قَذْفًا لَمْ يَكُنْ طَلَاقًا لِتَنَافِيهِمَا وَمِنْ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ الْأَحْكَامُ الَّتِي يَثْبُتُ بَعْضُهَا دُونَ بَعْضٍ كَارِثِ الَّذِي أَقَرَّ بِنَسَبِهِ مَنْ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ بِقَوْلِهِ وَالْحُكْمُ بِالْحُقُوقِ النَّسَبِ فِي مَوَاضِعَ كَثِيرَةٍ لَا يَثْبُتُ فِيهَا لَوَازِمُهُ الْمَشْكُوكُ فِيهَا مِنْ بُلُوغِ أَحَدِ أَبَوَيْهِ وَأَسْتِقْرَارِ الْمَهْرِ أَوْ ثُبُوتِ الْعِدَّةِ وَالرَّجْعَةِ أَوْ الْحَدِّ أَوْ ثُبُوتِ الْوَصِيَّةِ لَهُ أَوْ الْمِيرَاثِ وَهِيَ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ.

* * *

القاعدة السادسة عشرة:

إِذَا كَانَ الْوَاجِبُ بَدَلًا فَتَعَدَّرَ الْوُصُولُ إِلَى الْأَصْلِ حَالَةَ الْوُجُوبِ، فَهَلْ يَتَعَلَّقُ الْوُجُوبُ بِالْبَدْلِ تَعَلُّقًا مُسْتَقَرًّا بِحَيْثُ لَا يَعُودُ إِلَى الْأَصْلِ عِنْدَ وَجُودِهِ لِلْمَسْأَلَةِ صَوْرٌ عَدِيدَةٌ:

مِنْهَا: هَذِي الْمُنْتَعَةُ إِذَا عَدِمَهُ وَوَجِبَ الصِّيَامُ عَلَيْهِ ثُمَّ وَجَدَ الْهَذِي قَبْلَ الشَّرُوعِ فِيهِ، فَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْإِنْتِقَالُ أَمْ لَا يَنْبَغِي عَلَى الْإِعْتِبَارِ فِي الْكُفَّارَاتِ بِحَالِ الْوُجُوبِ أَوْ بِحَالِ الْفِعْلِ فِيهِ رَوَايَتَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: بِحَالِ الْوُجُوبِ صَارَ الصَّوْمُ أَصْلًا لَا بَدَلًا، وَعَلَى هَذَا فَهَلْ يُجْزئُهُ فِعْلُ الْأَصْلِ وَهُوَ الْهَذِي؟ الْمَشْهُورُ أَنَّهُ يُجْزئُهُ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ فِي الْجُمْلَةِ وَإِنَّمَا سَقَطَ رُخْصَةٌ، وَحَكَى الْقَاضِي فِي شَرْحِ الْمَذْهَبِ عَنْ ابْنِ حَامِدٍ أَنَّهُ لَا يُجْزئُهُ.

وَمِنْهَا: كَفَّارَةُ الظَّهَارِ وَالْيَمِينِ، وَتَحْوِيمَا وَالْحُكْمُ فِيهِمَا كَهَذِي الْمُنْتَعَةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَتَلَفَ شَيْئًا لَهُ مِثْلٌ وَتَعَدَّرَ وَجُودُ الْمِثْلِ وَحَكَمَ الْحَاكِمُ بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ ثُمَّ وَجَدَ الْمِثْلَ قَبْلَ الْأَدَاءِ، وَجِبَ أَدَاءُ الْمِثْلِ ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ لِأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى الْأَصْلِ قَبْلَ أَدَاءِ الْبَدْلِ فَيَلْزَمُهُ كَمَا إِذَا وَجَدَ الْمَاءَ قَبْلَ الصَّلَاةِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُهُمْ عَلَى مَا إِذَا قَدَرَ عَلَى الْمِثْلِ

عِنْدَ الْإِتْلَافِ ثُمَّ عَدِمَهُ إِمَّا أَنْ عَدِمَهُ ابْتِدَاءً فَلَا يَبْعُدُ أَنْ يَخْرُجَ فِي وَجُوبِ آدَاءِ الْمِثْلِ خِلَافًا، وَأَمَّا التَّيَمُّمُ فَلَا يُشْبِهُ مَا نَحْنُ فِيهِ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَدَ الْمَاءَ بَعْدَ فَرَاعِهِ مِنْهُ لَبَطَلَ وَوَجِبَ اسْتِعْمَالُ الْمَاءِ بِنَصِّ الشَّارِعِ وَهَاهُنَا لَوْ آدَى الْقِيَمَةَ لَبَرِئَ وَلَمْ يَلْزَمَهُ آدَاءُ الْمِثْلِ بَعْدَ وَجُودِهِ. وَقَالَ فِي التَّلْخِيصِ: عَلَى الْأَظْهَرِ وَهُوَ يَشْعُرُ بِخِلَافِهِ فِيهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَعَلَ الْإِمَامُ لِمَنْ دَلَّ عَلَى حِصْنٍ جَارِيَةٍ مِنْ أَهْلِهِ فَأَسْلَمَتْ بَعْدَ الْفَتْحِ أَوْ قَبْلَهُ وَكَانَتْ أَمَةً، فَإِنَّهُ يَجِبُ لَهُ قِيَمَتُهَا إِذَا كَانَ كَافِرًا لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ تَسْلِيمَ عَيْنِهَا إِلَيْهِ فَوَجِبَ لَهُ الْبَدْلُ فَإِنْ أَسْلَمَ بَعْدَ إِسْلَامِهَا، فَهَلْ يَعُودُ حَقُّهُ إِلَى عَيْنِهَا فِيهِ؟ لِأَصْحَابِنَا وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: لَا يَعُودُ لِأَنَّ حَقَّهُ اسْتَقَرَّ فِي الْقِيَمَةِ فَلَا يَنْتَقِلُ إِلَى غَيْرِهَا. وَالثَّانِي: بَلَى لِأَنَّهُ إِنْمَا انْتَقَلَ إِلَى الْقِيَمَةِ لِمَنْعٍ وَقَدْ زَالَ فَيَعُودُ حَقُّهُ إِلَيْهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ أَصْدَقَهَا شَجَرًا فَأَثْمَرَتْ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَامْتَنَعَتْ مِنْ دَفْعِ نِصْفِ الثَّمَرَةِ مَعَ الْأَصْلِ تَعَيَّنَتْ لَهُ الْقِيَمَةُ، فَإِنْ قَالَ: أَنَا أَرْجِعُ فِي نِصْفِ الشَّجَرَةِ وَأَتْرُكُ الثَّمَرَ عَلَيْهَا أَوْ أَتْرُكُ الرُّجُوعَ حَتَّى تَجِدِّي ثَمَرَتَكَ ثُمَّ أَرْجِعُ فِيهِ فَفِيهِ وَجْهَانِ حَكَاهُمَا الْقَاضِي وَغَيْرُهُ: أَحَدُهُمَا: لَا يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ ذَلِكَ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ، لِأَنَّ الْحَقَّ قَدْ انْتَقَلَ مِنَ الْعَيْنِ فَلَمْ يَبْعُدْ إِلَيْهَا إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا.

وَالثَّانِي: يُجْبَرُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهَا فَلَزَمَهَا كَمَا لَوْ وَجَدَهَا نَاقِصَةً فَرَضِي بِهَا فَعَلَى هَذَا الْحَقُّ بَاقٍ فِي الْعَيْنِ وَالطَّمْرُسُ فِي مِلْكِهَا وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنَ الْمُجَرَّدِ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَأْخُذْ الْقِيَمَةَ حَتَّى قُطِعَ الطَّلْعُ وَعَادَ النَّخْلُ كَمَا كَانَ أَنَّ لِلزَّوْجِ الرُّجُوعَ فِي نِصْفِهِ. وَمِنْهَا: لَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَقَدْ بَاعَتْ الصَّدَاقَ فَلَمْ يَأْخُذْ نِصْفَ قِيَمَتِهِ حَتَّى فُسِّخَ الْبَيْعُ لِعَيْبٍ.

قَالَ الْأَصْحَابُ: لَيْسَ لَهُ أَخْذُ نِصْفِهِ لِأَنَّ حَقَّهُ وَجِبَ فِي الْقِيَمَةِ وَلَمْ تَكُنْ الْعَيْنُ [حَيِّتِلَا] فِي مِلْكِهَا وَلَا يَبْعُدُ أَنْ يَخْرُجَ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ بِالرُّجُوعِ كَالَّذِي قَبْلَهَا وَهَذَا إِذَا لَمْ يَقْلُ إِنَّهُ يَدْخُلُ فِي مِلْكِهِ قَهْرًا كَالْمِيرَاثِ فَإِنْ قُلْنَا: يَدْخُلُ قَهْرًا عَادَ حَقُّهُ إِلَى الْعَيْنِ بِعَوْدِهَا إِلَيْهَا، وَلَا يُقَالُ: هَذَا عَادَ إِلَيْهَا مِلْكًا جَدِيدًا فَلَا يَسْتَحِقُّ الرُّجُوعَ فِيهِ كَمَا لَا يَسْتَحِقُّ الْآبُ الرُّجُوعَ فِيمَا خَرَجَ عَنْ مِلْكِ الْإِبْنِ ثُمَّ عَادَ، لِأَنَّهُمْ قَالُوا لَوْ عَادَ إِلَيْهَا قَبْلَ الطَّلَاقِ لَرَجَعَ فِيهِ بِغَيْرِ خِلَافٍ لِأَنَّ حَقَّهُ فِيهِ ثَابِتٌ بِالْقُرْآنِ^(١).

(١) في معنى المحتاج: إن كان المهر زال عن ملكها وعاد إلى ملكها ثم طلقها قبل الدخول تعلق حق الزوج بالعين العائدة في الأصح لأنه لا بد له من بدل فعين ماله أولى. معنى المحتاج (٣/ ٢٤٠).

وَفِي شَرْحِ الْهِدَايَةِ لِأَبِي الْبَرَكَاتِ مَا يَدُلُّ عَلَى عَكْسِ مَا ذَكَرْنَا، وَهُوَ أَنَّا إِن قُلْنَا: يَدْخُلُ نِصْفُ الْمَهْرِ فِي مِلْكِ الزَّوْجِ قَهْرًا فَلَيْسَ لَهُ الْعَوْدُ إِلَى عَيْنِهِ بِحَالٍ نَظَرًا إِلَى أَنَّ الْقِيَمَةَ تَقُومُ مَقَامَ الْعَيْنِ عِنْدَ امْتِنَاعِ الرَّجُوعِ فِي الْعَيْنِ فَيَمْلِكُ نِصْفُ الْقِيَمَةِ قَهْرًا حَيْثُ لَا يَتَقَلُّ حَقُّهَا بَعْدَ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى عَيْنًا وَرَهْنَهَا أَوْ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ شَفْعَةٍ أَوْ جَنَاحَةٍ ثُمَّ أَفْلَسَ ثُمَّ أَسْقَطَ الْمُرْتَهَنَ أَوْ الشَّفْعَ أَوْ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ حَقَّهُ، فَالْبَائِعُ أَحَقُّ بِهَا مِنَ الْغُرْمَاءِ لِزَوَالِ الْمُزَاحِمَةِ عَلَى ظَاهِرِ كَلَامِ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ، ذَكَرَهُ أَبُو الْبَرَكَاتِ فِي شَرْحِهِ، وَيَخْرُجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ أَنَّهُ أُسُوءَةُ الْغُرْمَاءِ.

* * *

القاعدة السابعة عشرة:

إِذَا تَقَابَلَ عَمَلَانِ أَحَدُهُمَا ذُو شَرَفٍ فِي نَفْسِهِ وَرَفْعَةٍ وَهُوَ وَاحِدٌ، وَالْآخَرُ ذُو تَعَدُّ فِي نَفْسِهِ وَكَثْرَةٍ، فَإِيَّاهُمَا يُرَجَّحُ. ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ تَرْجِيحُ الْكَثْرَةِ وَلِذَلِكَ صُورُ:

أَحَدُهُمَا: إِذَا تَعَارَضَ صَلَاةٌ وَرَكْعَتَيْنِ طَوِيلَتَيْنِ وَصَلَاةٌ أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ فِي زَمَنِ وَاحِدٍ فَالْمَشْهُورُ أَنَّ الْكَثْرَةَ أَفْضَلُ، وَحُكْمِي عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى بِالْعَكْسِ وَحُكْمِي عَنْهُ رِوَايَةٌ ثَلَاثَةٌ بِالتَّسْوِيَةِ.

وَالثَّانِيَّةُ: أَهْدَى بَدَنَةً سَمِينَةً بِعَشْرَةٍ وَبَدَنَتَيْنِ بِعَشْرَةٍ أَوْ بِأَقَلِّ، قَالَ ابْنُ مَنصُورٍ: قُلْتُ لِأَحْمَدَ: بَدَنَتَانِ سَمِيمَتَانِ يَتَسَعَوُ وَبَدَنَةٌ بِعَشْرَةٍ، قَالَ: ثِنْتَانِ أَعْجَبُ إِلَيَّ. وَرَجَّحَ الشَّيْخُ تَقِيَّ الدِّينِ تَفْضِيلَ الْبَدَنَةِ السَّمِينَةِ، وَفِي سُنَنِ أَبِي دَاوُدَ حَدِيثٌ يَدُلُّ عَلَيْهِ.

وَالثَّالِثَةُ: رَجُلٌ قَرَأَ بِتَدْبِيرٍ وَتَفَكَّرَ سُورَةً وَآخَرَ قَرَأَ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ سُورًا عَنِيْدَةً سَرْدًا. قَالَ أَحْمَدُ، فِي رِوَايَةِ جَعْفَرِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي قِيْمَازٍ، وَسُئِلَ أَيْمًا أَحَبُّ إِلَيْكَ التَّرْسُلُ أَوْ الْإِسْرَاقُ، قَالَ: أَلَيْسَ قَدْ جَاءَ بِكُلِّ حَرْفٍ كَذَا وَكَذَا حَسَنَةً؟ قَالُوا لَهُ: فِي السَّرْعَةِ؟ قَالَ: إِذَا صَوَّرَ الْحَرْفَ يَلِسَانِهِ وَلَمْ يُسْقِطْ مِنَ الْهَجَاءِ. وَهَذَا ظَاهِرٌ فِي تَرْجِيحِ الْكَثْرَةِ عَلَى التَّدْبِيرِ، وَتَقَلَّ عَنْهُ حَرْبٌ أَنَّهُ كَرِهَ السَّرْعَةَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِسَانُهُ كَذَلِكَ لَا يَقْدِرُ أَنْ يَتَرَسَّلَ، وَحَمَلَ الْقَاضِي الْكَرَاهَةَ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يُبَيِّنِ الْحُرُوفَ، فَقَلَّ عَنْهُ مِثْنِي بْنُ جَامِعٍ فِي رَجُلٍ أَكَلَ فَشِيعَ وَكَثَّرَ الصَّلَاةَ وَالصِّيَامَ وَرَجُلٍ أَقَلَّ الْأَكْلَ فَقَلَّتْ نَوَافِلُهُ، وَكَانَ أَكْثَرَ فِكْرَةً إِيَّاهُمَا أَفْضَلُ فَذَكَرَ مَا جَاءَ فِي الْفِكْرِ: تَفَكَّرُ سَاعَةً خَيْرٌ مِنْ قِيَامِ لَيْلَةٍ، قَالَ: فَرَأَيْتَ هَذَا عِنْدَهُ أَكْثَرَ يَعْنِي الْفِكْرَ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى تَفْضِيلِ قِرَاءَةِ التَّفَكُّرِ عَلَى السَّرْعَةِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الشَّيْخِ تَقِيَّ الدِّينِ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ صَرِيحًا

عَنِ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ.

وَالرَّابِعَةُ: رَجُلَانِ أَحَدُهُمَا ارْتَضَتْ نَفْسُهُ عَلَى الطَّاعَةِ وَأَنْشَرَحَتْ بِهَا وَتَنَعَّمَتْ وَبَادَرَتْ إِلَيْهَا طَوَاعِيَةً وَمَحَبَّةً، وَالْآخَرُ يُجَاهِدُ نَفْسَهُ عَلَى تِلْكَ الطَّاعَاتِ وَيُكْرِهُهَا عَلَيْهَا أَيُّهُمَا أَفْضَلُ؟ قَالَ الْخَلَّالُ: كَتَبَ إِلَيَّ يُونُسُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْإِسْكَافِيُّ، حَدَّثَنَا الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحَسَنِ، أَنَّهُ سَأَلَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرَّجُلِ يُشْرَعُ لَهُ وَجْهٌ يَرَى فِيحْمِلُ نَفْسَهُ عَلَى الْكَرَاهَةِ، وَآخَرُ يُشْرَعُ لَهُ فَيَسْرُ بِذَلِكَ، فَايُّهُمَا أَفْضَلُ؟ قَالَ: أَلَمْ تَسْمَعْ النَّبِيَّ ﷺ يَقُولُ: «مَنْ تَعَلَّمَ الْقُرْآنَ وَهُوَ كَبِيرٌ يَشْقُ عَلَيْهِ فَلَهُ أَجْرَانِ».

وَهَذَا ظَاهِرٌ فِي تَرْجِيحِ الْمُكْرِهِ نَفْسَهُ لِأَنَّ لَهُ عَمَلَيْنِ جِهَادًا وَطَاعَةً أُخْرَى، وَلِذَلِكَ كَانَ لَهُ أَجْرَانِ^(١)، وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ عَطَاءٍ وَطَائِفَةٍ مِنَ الصُّوفِيَّةِ مِنْ أَصْحَابِ أَبِي سَلِيمَانَ وَالثُّخَامِ، وَعِنْدَ الْجَنِيدِ وَجَمَاعَةٍ مِنْ عِبَادِ الْبَصَرَةِ أَنَّ الْبَاذِلَ لِذَلِكَ طَوْعًا وَمَحَبَّةً أَفْضَلُ وَهُوَ اخْتِيَارُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ، لِأَنَّ مَقَامَهُ فِي طُمَأِينَةِ النَّفْسِ أَفْضَلُ مِنْ أَعْمَالٍ مُتَعَدِّدَةٍ، وَلَأنَّهُ مِنْ أَرْبَابِ الْمَنَازِلِ وَالْمَقَامَاتِ وَالْآخَرُ مِنْ أَرْبَابِ الصَّلَاحِ وَالْبِدَايَاتِ، فَمَثَلُهُمَا كَمَثَلِ رَجُلٍ مُقِيمٍ بِمَكَّةَ يَشْتَغِلُ بِالطَّوَارِفِ، وَالْآخَرُ يَقْطَعُ الْمَفَاوِزَ وَالْقِفَارَ فِي السَّيْرِ إِلَى مَكَّةَ فَعَمَلُهُ أَشَقُّ وَالْأَوَّلُ أَفْضَلُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَالْخَامِسَةُ: تَعَارُضُ عِتْقِ رَقَبَةٍ نَفْسِيَّةٍ بِمَالٍ وَعِتْقِ رَقَابٍ مُتَعَدِّدَةٍ بِذَلِكَ الْمَالِ، قَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ: الرِّقَابُ أَفْضَلُ، وَفِيهِ أَيْضًا نَظَرٌ، وَقَدْ كَانَ طَائِفَةٌ مِنَ السَّلَفِ كَابْنِ عُمَرَ وَالرَّبِيعِ بْنِ خُثَيْمٍ يَسْتَجِيبُونَ الصَّدَقَةَ بِمَا يَشْتَهُونَ مِنَ الْأَطْعِمَةِ. وَإِنْ كَانَ الْمَسْكِينُ يَنْتَفِعُ بِقِيَمَتِهِ أَكْثَرَ، عَمَلًا يَقُولُهُ: «لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ»^(٢) وَهَذَا فِي الْعِتْقِ أَوْلَى مَعَ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: «خَيْرُ الرِّقَابِ أَنْفُسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا وَأَغْلَاهَا ثَمَنًا»^(٣)، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* * *

القاعدة الثامنة عشرة:

إِذَا اجْتَمَعَتْ عِبَادَتَانِ مِنْ جِنْسٍ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ لَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا مَفْعُولَةٌ عَلَى جِهَةِ الْقَضَاءِ

(١) أَخْرَجَ مِثْلَهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى ح (٣٨٦١) (٣٩٥/٢)، وَالتِّرْمِذِيُّ ح (٢٩٠٤) وَقَالَ: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ (١٧١/٥) وَغَيْرُهُمْ.

(٢) سُورَةُ آلِ عِمْرَانَ (٩٢).

(٣) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ ابْنُ حِبَّانَ فِي صَحِيحِهِ (٤٥٦/١٠) ح (٤٥٩٦) وَابْنُ مَاجَةَ فِي بَابِ الْعِتْقِ ح (٢٥٢٣) ح (٨٤٣/٢).

وَلَا عَلَى طَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ لِلْآخَرَى فِي الْوَقْتِ تَدَاخَلَتْ أَفْعَالُهُمَا، وَكَتَفَى فِيهِمَا بِفِعْلٍ وَاحِدٍ، وَهُوَ عَلَى ضَرِيئَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَحْصُلَ لَهُ بِالْفِعْلِ الْوَاحِدِ الْعِبَادَتَانِ [جَمِيعًا] يُشْتَرَطُ أَنْ يَنْوِيَهُمَا جَمِيعًا عَلَى الْمَشْهُورِ وَمِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ مَنْ عَلَيْهِ حَدَّثَانِ أَصْغَرُ وَأكْبَرُ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَكْفِيهِ أَفْعَالُ الطَّهَارَةِ الْكُبْرَى إِذَا نَوَى الطَّهَارَتَيْنِ [جَمِيعًا] بِهَا وَعَنْهُ لَا يُجْزئُهُ عَنِ الْأَصْغَرِ حَتَّى يَأْتِيَ بِالْوُضُوءِ، وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ أَنَّهُ يُجْزئُهُ عَنْهُمَا إِذَا أَتَى بِخَصَائِصِ الْوُضُوءِ مِنَ التَّرْتِيبِ وَالْمُؤَالَاةِ وَلَا فَلَ، وَجَزَمَ بِهِ صَاحِبُ الْمُبْهَجِ وَلَوْ كَانَ عَادِمًا لِلْمَاءِ فَتَيَمَّمْ تَيَمُّمًا وَاحِدًا يَنْوِي بِهِ الْحَدِيثَيْنِ أَجْزَاءَهُ عَنْهُمَا بِغَيْرِ خِلَافٍ وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ مَعْنَاهُ.

وَمِنْهَا: الْقَارِنُ إِذَا نَوَى الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ، كَفَّاهُ لِهَمًّا طَوَافٌ وَاحِدٌ وَسَعْيٌ وَاحِدٌ عَلَى الْمَذْهَبِ الصَّحِيحِ، وَعَنْهُ لَا بُدَّ مِنْ طَوَافَيْنِ وَسَعْيَيْنِ كَالْمُقَرَّدِ، وَالْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي خِلَافِهِمَا حَكِيمًا هَذِهِ الرِّوَايَةُ عَلَى وَجْهِ آخَرَ، وَهُوَ أَنَّهُ لَا تُجْزئُهُ الْعُمْرَةُ الدَّاخِلَةُ فِي ضِمْنِ الْحَجِّ عَنْ عُمْرَةِ الْإِسْلَامِ بَلْ عَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَ بِعُمْرَةٍ مُقَرَّدَةٍ بِإِحْرَامٍ مُقَرَّدٍ لَهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا نَذَرَ الْحَجَّ مَنْ عَلَيْهِ حَجٌّ الْفَرَضِ ثُمَّ حَجَّ حَجَّةَ الْإِسْلَامِ فَهَلْ يُجْزئُهُ عَنْ فَرَضِهِ وَنَذَرِهِ^(١)؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: يُجْزئُهُ عَنْهُمَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ وَنَقَلَهُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَهِيَ اخْتِيَارُ أَبِي حَفْصٍ.

وَالثَّانِيَةُ: لَا يُجْزئُهُ، نَقَلَهَا ابْنُ مَنْصُورٍ وَعَبْدُ اللَّهِ وَهِيَ الْمَشْهُورَةُ. وَقَدْ حَمَلَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ كَأَبِي الْحُسَيْنِ فِي التَّمَامِ الرِّوَايَةَ الْأُولَى عَلَى صِحَّةِ وَقُوعِ النَّذْرِ قَبْلَ الْفَرَضِ وَفَرَضُهُمَا فِيمَا إِذَا نَوَى النَّذْرَ أَنَّهُ يُجْزئُهُ عَنْهُ وَتَبَقِيَ عَلَيْهِ حَجَّةُ الْإِسْلَامِ وَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: إِذَا نَذَرَ صَوْمَ شَهْرٍ يَقْدُمُ فِيهِ فَلَانٌ فَقَدِمَ فِي أَوَّلِ رَمَضَانَ، هَلْ يُجْزئُهُ رَمَضَانُ عَنْ فَرَضِهِ وَنَذَرِهِ عَلَى رِوَايَتَيْنِ أَشْهَرُهُمَا عِنْدَ الْأَصْحَابِ لَا يُجْزئُهُ عَنْهُمَا وَالثَّانِيَةُ يُجْزئُهُ عَنْهُمَا نَقَلَهَا الْمُرُودِيُّ وَصَرَّحَ بِهَا الْخِرَقِيُّ فِي كِتَابِهِ وَحَمَلَهَا الْمُتَأَخَّرُونَ عَلَى أَنَّ نَذْرَهُ لَمْ يَتَعَقَّدْ لِمُصَادَفَتِهِ رَمَضَانَ وَلَا يَخْفَى فَسَادُ هَذَا التَّأْوِيلِ وَعَلَى رِوَايَةِ الْإِجْزَاءِ فَقَالَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ لَا

(١) ذهب الشافعي إلى أن الحجة هذه هي الحجة الإسلام وكان عليه قضاء النذر بعد ذلك، فإذا مات ولم يقضه قضى عنه الواجب أولا إذا كان له مال، ثم النذر بعده. الأم (١٣١/٢).
وعلل الشافعي ذلك بأن حجة الإسلام واجبة على الإنسان، أما النذر فلم يكن واجبا عليه إلا بعد إيجابه هو على نفسه فكان الواجب بكل حال أولى.

بَدَّ أَنْ يَتَوَيْهَ عَنْ فَرْضِهِ وَنَذَرِهِ وَقَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةِ النَّذْرِ، قَالَ وَهُوَ ظَاهِرُ
كَلَامِ الْخَرَقِيِّ وَأَحْمَدُ لَا تَأْتِي تَقْدِيرُهُ كَأَنَّهُ نَذَرَ هَذَا الْقَدْرَ مُنْجَزًا عِنْدَ الْقُدُومِ فَجَعَلَهُ كَالنَّاذِرِ لَصَوْمِ
رَمَضَانَ لِحُجَّةِ الْفَرَضِيَّةِ وَفِيهِ بَعْدُ، وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ شَهْرٍ مُطْلَقٍ فَصَامَ رَمَضَانَ يَتَوَيْهَ عَنْهُمَا فَإِنَّهُ
يُخْرَجُ عَلَى مَسْأَلَةِ الْحُجَّ، ذَكَرَهُ ابْنُ الزَّاعُونِي وَغَيْرُهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ نَذَرَ الصَّدَقَةَ يَنْصَابُ مِنَ الْمَالِ وَقْتَ حُلُولِ الْحَوْلِ، فَهَلْ تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ؟
عَلَى وَجْهَيْنِ، وَعَلَى الْقَوْلِ بِالْوُجُوبِ فَهَلْ تُجْزِيهِ الصَّدَقَةُ عَنِ النَّذْرِ وَالزَّكَاةُ إِذَا نَوَاهُمَا؟ عَلَى
وَجْهَيْنِ وَاخْتِيَارُ صَاحِبِ الْمُغْنِيِّ الْإِجْزَاءَ وَخَالَفَهُ صَاحِبُ شَرْحِ الْهَدَايَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ طَافَ عِنْدَ خُرُوجِهِ مِنْ مَكَّةَ طَوَافًا يَتَوَيْ بِهِ الزِّيَارَةَ وَالْوُدَاعَ، فَقَالَ الْخَرَقِيُّ فِي
شَرْحِ الْمُخْتَصَرِ وَصَاحِبِ الْمُغْنِيِّ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ يُجْزِيهِ عَنْهُمَا وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ خِلَافٌ مِنَ
الْمَسْأَلَةِ الَّتِي بَعْدَهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ أَذْرَكَ الْإِمَامَ رَاكِعًا فَكَبَّرَ [تَكْبِيرَةً يَتَوَيْ بِهَا] تَكْبِيرَةَ الْإِحْرَامِ وَالرُّكُوعِ فَهَلْ
يُجْزِيهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ حَكَاهُمَا أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ وَاخْتَارَ [الْقَاضِي] عَدَمَ الْإِجْزَاءِ لِلتَّشْرِيكِ
بَيْنَ الرُّكْنِ وَغَيْرِهِ وَأَخَذَهُ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَنْ رَفَعَ رَأْسَهُ مِنَ الرُّكُوعِ وَعَطَسَ
فَقَالَ: [الْحَمْدُ لِلَّهِ] رَبَّنَا وَلَكَ الْحَمْدُ يَتَوَيْ بِهِ الْوَاجِبُ وَسُنَّةُ الْحَمْدِ لِلْعَاطِسِ أَنْ لَا يُجْزِيَهُ،
وَاخْتَارَ ابْنُ شَاقِلَا الْإِجْزَاءَ وَشَبَّهَ بِمَنْ أَخْرَجَ فِي الْفُطْرَةِ أَكْثَرَ مِنْ صَاعٍ وَلَا يَصِحُّ هَذَا التَّشْبِيهُ
وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ إِنَّ قُلْنَا: تَكْبِيرَةَ الرُّكُوعِ سُنَّةٌ أَجْزَأَتْهُ وَحَصَلَتْ السُّنَّةُ بِالْيَتَةِ تَبَعًا
لِلْوَاجِبِ، وَإِنْ قُلْنَا: وَاجِبَةٌ لَمْ يَصِحَّ التَّشْرِيكِ وَفِيهِ ضَعْفٌ. وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ
تَكْبِيرَةَ الرُّكُوعِ تُجْزِي فِي حَالِ الْقِيَامِ خِلَافَ مَا يَقُولُهُ الْمُتَأَخَّرُونَ.

وَالضَّرْبُ الثَّانِي: أَنْ يَحْصُلَ لَهُ أَحَدُ الْعِبَادَتَيْنِ بِنِيَّتِهَا، وَتَسْقُطَ عَنْهُ الْأُخْرَى وَلِذَلِكَ أَمْثَلَةٌ:

مِنْهَا: إِذَا دَخَلَ الْمَسْجِدَ وَقَدْ أُقِيمَتِ الصَّلَاةُ فَصَلَّى مَعَهُمْ، سَقَطَتْ عَنْهُ التَّحِيَّةُ.

وَمِنْهَا: لَوْ سَمِعَ سَجْدَتَيْنِ مَعًا، فَهَلْ يَسْجُدُ سَجْدَتَيْنِ أَمْ يَكْتَفِي بِوَاحِدَةٍ؟ الْمَنْصُوصُ فِي
رَوَايَةِ الْبِرْزَاطِيِّ أَنَّهُ يَسْجُدُ سَجْدَتَيْنِ، وَيَتَخَرَّجُ أَنَّهُ يَكْتَفِي بِوَاحِدَةٍ، وَقَدْ خَرَجَ الْأَصْحَابُ
بِالْإِكْتِفَاءِ بِسَجْدَةِ الصَّلَاةِ عَنِ سَجْدَةِ التَّلَاوَةِ وَجْهًا فَهَذَا أَوْلَى.

وَمِنْهَا: إِذَا قَدِمَ الْمُعْتَمِرُ مَكَّةَ فَإِنَّهُ يَبْدَأُ بِطَوَافِ الْعُمْرَةِ وَيَسْقُطُ عَنْهُ طَوَافُ الْقُدُومِ، وَقِيَاسُهُ
إِذَا أَحْرَمَ بِالْحُجَّ مِنْ مَكَّةَ ثُمَّ قَدِمَ [يَوْمَ] النَّحْرِ أَنَّهُ يُجْزِيهِ طَوَافُ الزِّيَارَةِ عَنْهُ وَالْمَنْصُوصُ

هَاهُنَا أَنَّهُ يَطُوفُ قَبْلَهُ لِلْقُدُومِ، وَخَالَفَ فِيهِ صَاحِبُ الْمَغْنِيِّ وَهُوَ الْأَصَحُّ^(١).

وَمِنْهَا: إِذَا صَلَّى عَقِيبَ الطَّوَافِ مَكْتُوبَةً فَهَلْ يَسْقُطُ عَنْهُ رَكَعَتَا الطَّوَافِ عَلَى رَوَاتَيْنِ، قَالَ أَبُو بَكْرِ الْأَقْبَسُ أَنَّهُ لَا تَسْقُطُ، وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ عَنْ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُجْزئُهُ لَيْسَ هُمَا وَاجِبَتَيْنِ، وَنَقَلَ الْأَثَرُ عَنْهُ أَرْجُو أَنْ يُجْزئَهُ وَهَذَا قَدْ يُشْعِرُ بِأَنَّهُ يَحْصُلُ لَهُ بِذَلِكَ الْفَرَضِ رَكَعَتَا الطَّوَافِ فَيَكُونُ مِنَ الضَّرْبِ الْأَوَّلِ. لَكِنْ لَا يُعْتَبَرُ هُنَا نِيَّةُ رَكَعَتَيِ الطَّوَافِ. وَشِبْهُ هَذِهِ الرِّوَايَةِ الَّتِي حَكَاهَا أَبُو حَفْصٍ الْبَرْمَكِيُّ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْجُنُبِ إِذَا اغْتَسَلَ يَتَوَيَّ الْجَنَابَةَ وَحَدَّثَهَا أَنَّهُ يَرْتَفِعُ حَدَّثَهُ الْأَصْغَرُ تَبَعًا وَهِيَ اخْتِيَارُ الشَّيْخِ تَقِيٍّ الدِّينِ.

وَقَدْ يُقَالُ: الْمَقْصُودُ أَنْ يَقَعَ عَقِيبَ الطَّوَافِ صَلَاةٌ كَمَا أَنَّ الْمَقْصُودَ أَنْ يَقَعَ قَبْلَ الْإِحْرَامِ صَلَاةٌ فَأَيُّ صَلَاةٍ وَجِدْتَ حَصَلَتْ الْمَقْصُودَ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَخَّرَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ إِلَى وَقْتِ خُرُوجِهِ فَطَافَ فَهَلْ يَسْقُطُ عَنْهُ طَوَافُ الْوَدَاعِ أَمْ لَا؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ [وَنَصَّ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَلَى سَقُوطِهِ].

وَمِنْهَا: إِذَا أَدْرَكَ الْإِمَامُ رَاكِعًا فَكَبَّرَ لِلْإِحْرَامِ فَهَلْ تَسْقُطُ عَنْهُ تَكْبِيرَةُ الرُّكُوعِ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ [أَيْضًا وَالْمَنْصُوصُ عَنْهُ الْإِجْزَاءُ. وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَنْ يَتَوَيَّ بِهَا تَكْبِيرَةُ الْإِفْتِيحِ أَمْ لَا؟] عَلَى رَوَاتَيْنِ نَقَلَهُمَا عَنْهُ ابْنُ مَنْصُورٍ إِحْدَاهُمَا لَا يُشْتَرَطُ بَلْ يَكْفِيهِ أَنْ يُكَبِّرَ بِنِيَّةِ الصَّلَاةِ وَإِنْ لَمْ يَسْتَحْضِرْ بِقَلْبِهِ أَنَّهُ تَكْبِيرَةُ الْإِحْرَامِ كَمَا لَوْ أَدْرَكَ الْإِمَامُ فِي الْقِيَامِ.

وَالثَّانِيَةُ: لَا بُدَّ أَنْ يَتَوَيَّ بِهَا الْإِفْتِيحَ لِأَنَّهُ قَدْ اجْتَمَعَ هَهُنَا تَكْبِيرَتَانِ فَوْقَ الْإِشْتِرَاكِ فَاحْتَاجَتْ تَكْبِيرَةُ الْإِحْرَامِ إِلَى نِيَّةٍ تُمَيِّزُهَا بِخِلَافِ حَالِ الْقِيَامِ فَإِنَّهُ لَمْ يَقَعَ فِيهِ اشْتِرَاكٌ.

وَمِنْهَا: إِذَا اجْتَمَعَ فِي يَوْمٍ عِيدٍ وَجُمُعَةٍ فَأَيُّهُمَا قُدِّمَ أَوَّلًا فِي الْفِعْلِ سَقَطَ بِهِ الثَّانِي وَلَمْ يَجِبْ حُضُورُهُ مَعَ الْإِمَامِ. وَفِي سَقُوطِهِ عَنِ الْإِمَامِ رَوَاتَانِ. وَعَلَى رِوَايَةٍ عَدَمِ السَّقُوطِ فَيَجِبُ أَنْ يَحْضُرَ مَعَهُ مَنْ تَتَعَدَّى بِهِ تِلْكَ الصَّلَاةَ ذَكَرَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ وَغَيْرُهُ فَتَصِيرُ الْجُمُعَةُ هَهُنَا فَرَضَ كِفَايَةٍ تَسْقُطُ بِحُضُورِ أَرْبَعِينَ.

وَمِنْهَا: إِذَا اجْتَمَعَ عَقِيقَةً وَأَضْحِيَّةً فَهَلْ تُجْزئُ الْأَضْحِيَّةُ عَنِ الْعَقِيقَةِ أَمْ لَا؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ مَنْصُوصَتَيْنِ. وَفِي مَعْنَاهُ لَوْ اجْتَمَعَ هَذِي وَأَضْحِيَّةٌ وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّهُ لَا تَضْحِيَّةٌ بِمَكَّةَ وَلَئِنَّمَا هُوَ الْهَدْيُ.

(١) وعند الحنفية يسقط عنه طواف القدوم لأن طواف الزيارة أغنى عنه، كالفرض يغنى عن تحية المسجد، ولذلك لم يكن للعمرة طواف قدوم لأن طوافها أغنى عنه. البحر الرائق (٢/٣٧٩).

وَمِنْهَا: اجْتِمَاعُ الْأَسْبَابِ الَّتِي يَجِبُ بِهَا الْكُفَّارَاتُ وَتَتَدَاخَلُ فِي الْإِيمَانِ وَالْحَجِّ وَالصَّيَامِ وَالطَّهَارِ وَغَيْرِهَا. فَإِذَا أَخْرَجَ كُفَّارَةً وَاحِدَةً عَنْ وَاحِدٍ مِنْهَا مُعَيَّنَ أَجْزَاءَهُ وَسَقَطَتْ سَائِرُ الْكُفَّارَاتِ وَإِنْ كَانَ مِنْهُمَا. فَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أَجْزَاءَهُ أَيْضًا وَجْهًا وَاحِدًا عِنْدَ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ. وَعِنْدَ صَاحِبِ التَّرْغِيبِ أَنَّ فِيهِ وَجْهَيْنِ. وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِنْسَيْنِ فَوَجْهَانِ فِي اعْتِبَارِ نِيَّةِ التَّعْيِينِ وَأَمَّا الْأَحْدَاثُ الْمُوجِبَةُ لِلطَّهَارَةِ مِنْ جِنْسٍ أَوْ جِنْسَيْنِ مُوجِبُهُمَا وَاحِدٌ فَيَتَدَاخَلُ مُوجِبُهُمَا بِالنِّيَّةِ أَيْضًا بِغَيْرِ إِشْكَالٍ وَإِنْ نَوَى أَحَدَهُمَا فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَرْتَفِعُ الْجَمِيعُ وَيَنْتَزِلُ ذَلِكَ عَلَى التَّدَاخُلِ كَمَا قُلْنَا: فِي الْكُفَّارَاتِ أَوْ عَلَى أَنَّ الْحُكْمَ الْوَاحِدَ يُعْلَلُ بِعِلَلٍ مُسْتَقِلَّةٍ، وَإِذَا نَوَى رَفَعَ حَدَثَ الْبَعْضِ فَقَدْ نَوَى وَاجِبَهُ وَهُوَ وَاحِدٌ لَا تَعَدُّ فِيهِ. وَعَنْ أَبِي بَكْرٍ لَا يَرْتَفِعُ إِلَّا مَا نَوَاهُ قَالَ فِي كِتَابِ الْمُقْنَعِ: إِذَا أَجَنَّبَتِ الْمَرْأَةُ ثُمَّ حَاضَتْ يَكُونُ الْغُسْلُ الْوَاحِدَ لِهَمَا جَمِيعًا إِذَا نَوَتْهُمَا بِهِ. وَيَنْتَزِلُ هَذَا عَلَى أَنَّهُ لَا يُعْلَلُ الْحُكْمُ الْوَاحِدُ بِعِلَّتَيْنِ مُسْتَقِلَّتَيْنِ بَلْ إِذَا اجْتَمَعَتْ أَسْبَابٌ مُوجِبَةٌ تَعَدَّدَتْ الْأَحْكَامُ الْوَاجِبَةُ بِتَعَدُّدِ أَسْبَابِهَا وَلَمْ تَتَدَاخَلْ وَإِنْ كَانَتْ جِنْسًا وَاحِدًا وَرَجَّحَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ قَوْلَ أَبِي بَكْرٍ فِي غُسْلِ الْجَنَابَةِ وَالْحَيْضِ لَأَنَّهُمَا مُخْتَلِفَا الْأَحْكَامِ إِذِ الْمَنْعُ الْمُرْتَبِّ عَلَى الْحَيْضِ يَزِيدُ عَلَى الْمَنْعِ الْمُرْتَبِّ عَلَى الْجَنَابَةِ لَأَنَّهُمَا مُخْتَلِفَا الْأَجْنَاسِ بِخِلَافِ غَيْرِهِمَا فَهُمَا كَالْجِنْسَيْنِ وَغَيْرُهُمَا كَالْجِنْسِ الْوَاحِدِ. وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ إِنْ نَوَتْ رَفَعَ حَدَثَ الْحَيْضِ ارْتَفَعَتِ الْجَنَابَةُ لِدُخُولِ مَوَانِعِهَا فِيهِ وَلَا عَكْسٌ.

* * *

القاعدة التاسعة عشرة:

إِمْكَانُ الْأَدَاءِ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي اسْتِقْرَارِ الْوَاجِبَاتِ بِالشَّرْعِ فِي الذِّمَّةِ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ صُورٌ:

مِنْهَا: الطَّهَارَةُ فَإِذَا وَصَلَ عَادِمُ الْمَاءِ إِلَى الْمَاءِ وَقَدْ ضَاقَ الْوَقْتُ فَعَلَيْهِ أَنْ يَتَطَهَّرَ وَيُصَلِّيَ بَعْدَ الْوَقْتِ ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ. وَخَالَفَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ وَقَالَ: يُصَلِّيُ بِالتَّيْمُمِ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ^(١).

وَمِنْهَا: الصَّلَاةُ فَإِذَا طَرَأَ عَلَى الْمُكَلَّفِ مَا يُسْفِطُ تَكْلِيفَهُ بَعْدَ الْوَقْتِ وَقَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنْ

(١) وعند المالكية: إذا خاف فوات الوقت فتيمم وصلى ثم وجد الماء في الوقت فإنه لا إعادة عليه، وإن تبين خلاف ظنه. مواهب الجليل (١/٣٢٩).

الْفِعْلُ فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ فِي الْمَشْهُورِ^(١). وَقَالَ ابْنُ بَطَّةَ وَابْنُ أَبِي مُوسَى: لَا قَضَاءَ [عَلَيْهِ].
وَمِنْهَا: الزَّكَاةُ فَإِذَا تَلَفَ النَّصَابُ قَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنَ الْأَدَاءِ فَعَلَيْهِ أَدَاءُ زَكَاتِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ إِلَّا
الْمُعْشَرَاتِ إِذَا تَلَفَتْ بِآفَةِ سَمَاوِيَّةٍ لِكُونِهَا لَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ يَدِهِ فَهِيَ كَالَّذِينَ التَّأْوِي قَبْلَ قَبْضِهِ
وَخَرَجَ الشِّرَازِيُّ وَغَيْرُهُ وَجَهَا بِالسُّقُوطِ مُطْلَقًا.
وَمِنْهَا: الصِّيَامُ فَإِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ مُفْطَرًا فِي أَثْنَاءِ يَوْمٍ مِنْ رَمَضَانَ^(٢) أَوْ أَسْلَمَ فِيهِ كَافِرٌ^(٣) أَوْ
طَهَرَتْ حَائِضٌ لَزِمَهُمُ الْقَضَاءُ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ.
وَمِنْهَا: الْحَجُّ فَلَا يُشْتَرَطُ لَثْبُوتُهُ فِي الذِّمَّةِ التَّمَكُّنُ مِنَ الْأَدَاءِ عَلَى أَظْهَرِ الرِّوَايَتَيْنِ وَإِلْمَا
يُشْتَرَطُ لِلزُّومِ أَدَائِهِ بِنَفْسِهِ.
وَأَمَّا قَضَاءُ الْعِبَادَاتِ، فَاعْتَبَرَ الْأَصْحَابُ لَهُ إِمْكَانَ الْأَدَاءِ، فَقَالُوا فِيمَنْ أَخَّرَ قَضَاءَ رَمَضَانَ
لِعُدْرٍ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ زَوَالِهِ: إِنَّهُ لَا يُطْعَمُ عَنْهُ وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ زَوَالِهِ وَالتَّمَكُّنُ مِنَ الْقَضَاءِ أُطْعِمَ
عَنْهُ.

وَأَمَّا [قَضَاءُ] الْمُنْدُورَاتِ فَفِي اشْتِرَاطِ الْأَدَاءِ وَجْهَانِ فَلَوْ نَذَرَ صِيَامًا أَوْ حَجًّا ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ
التَّمَكُّنِ مِنْهُ فَهَلْ يَقْضَى^(٤) [عَنْهُ]؟ عَلَى الْوَجْهَيْنِ وَعَلَى الْقَوْلِ بِالْقَضَاءِ فَهَلْ يَقْضَى الصِّيَامُ
الْفَائِتُ بِالْمَرَضِ خَاصَّةً أَوْ الْفَائِتُ بِالْمَرَضِ وَالْمَوْتِ أَيْضًا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

* * *

القاعدة العشرون:

النَّمَاءُ الْمُتَوَلَّدُ مِنَ الْعَيْنِ حُكْمُهُ حُكْمُ الْجُزْءِ، وَالْمُتَوَلَّدُ مِنَ الْكَسْبِ بِخِلَافِهِ عَلَى
الصَّحِيحِ. وَيُظْهَرُ أَنَّ ذَلِكَ فِي مَسَائِلَ:
مِنْهَا: لَوْ كَانَ عِنْدَهُ دُونَ نَصَابٍ فَكَمَلْ نَصَابًا يَتَّجِهُ فَهَلْ يَحْسَبُ حَوْلَهُ مِنْ حِينَ كَمَلْ كَمَا

(١) لَأَنَّ الطَّارِئَ مِنْ جُنُونٍ وَلَحْوٍ لَا يَزِيلُ التَّكْلِيفَ، الْكَافِي (١/٣٤٥).

(٢) كَانَ عَلَيْهِ قَضَاءُ هَذَا الْيَوْمِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ أَدْرَكَ وَقْتُ النِّيَّةِ، وَالصَّوْمُ لَا يَتَجَزَأُ وَجُوبًا.
الْهُدَايَةُ شَرْحُ الْبَدَايَةِ (١/١٢٨).

(٣) وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ لَوْ ارْتَدَّ ثُمَّ أَسْلَمَ فَإِنَّهُ يَقْضَى هَذَا الْيَوْمَ إِنْ كَانَ فَرْضًا لِأَنَّهُ اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ بِإِدْرَاكِ جُزْءٍ مِنْهُ
وَهُوَ مُسْلِمٌ. كَشَافُ الْقِنَاعِ (٢/٣٠٨). وَكَذَلِكَ يَقْضَى الصَّلَوَاتُ الْكَائِنَةُ فِي أَيَّامِ رَدَّتْهُ. تَخْرِيجُ الْفُرُوعِ
عَلَى الْأَصُولِ (١/١٠٠).

(٤) ذَهَبَ الشَّافِعِيُّ إِلَى أَنَّهُ إِذَا مَاتَ قَبْلَ الْقَضَاءِ وَأَرَادَ وَلِيهِ أَنْ يُطْعَمَ عَنْهُ أَخْرَجَ مِنْ تَرْكِهِ عَنْ كُلِّ يَوْمٍ فَإِنَّهُ مِنْ
الصِّيَامِ مَدَانٍ، وَقَالَ ابْنُ سَرِيحٍ: يَكْفِي وَاحِدًا، أَمَّا إِذَا أَرَادَ الصِّيَامُ عَنْهُ صَحَّ ذَلِكَ وَيَفْدَى لِلتَّأْخِيرِ. رَوْضَةُ
الطَّالِبِينَ (٢/٣٨٥).

لَوْ كَانَ التَّاجُ مِنْ غَيْرِهِ أَوْ مِنْ حِينَ مَلَكَ الْأَمْهَاتِ لِأَنَّ التَّاجَ جُزْءٌ مِنَ الْأَمْهَاتِ فَهُوَ مَوْجُودٌ فِيهَا بِالْقُوَّةِ مِنْ أَوَّلِ الْحَوْلِ؟. فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ وَلَوْ كَانَ لَهُ مِائَةٌ وَخَمْسُونَ دِرْهَمًا فَاتَّجَرَ بِهَا حَتَّى صَارَتْ مِائَتَيْنِ فَحَوَّلَهَا مِنْ حِينَ كَمُلَ بِغَيْرِ خِلَافٍ لِأَنَّ الْكَسْبَ يَتَوَلَّدُ مِنَ الْخَارِجِ وَهُوَ رَغْبَاتُ النَّاسِ لَا مِنْ نَفْسِ الْعَيْنِ^(١)

وَمِنْهَا: لَوْ عَجَلَ الزَّكَاةَ عَنْ نَمَاءِ النَّصَابِ قَبْلَ وُجُودِهِ فَهَلْ يُجْزئُهُ؟ فِي ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ نَالِهَا يُفَرَّقُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ النَّمَاءُ نَصَابًا فَلَا يَجُوزُ لاسْتِقْلَالِهِ بِنَفْسِهِ فِي الْوُجُوبِ وَبَيْنَ أَنْ يَكُونَ دُونَ نَصَابٍ فَيَجُوزُ لِتَبَعِيَّتِهِ لِلنَّصَابِ فِي الْوُجُوبِ، وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ رَابِعٌ بِالْفَرْقِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ النَّمَاءُ نِتَاجَ مَا شِئَ أَوْ رِبْحَ تِجَارَةٍ فَيَجُوزُ فِي الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي مِنَ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا فَاسْتَغْلَهُ وَنَمَا عِنْدَهُ ثُمَّ رَدَّهُ بِعَيْبٍ فَإِنْ كَانَ نَمَاؤُهُ كَسْبًا لَمْ يَرُدَّهُ مَعَهُ قَالَ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ بِغَيْرِ خِلَافٍ وَإِنْ كَانَ مَتَوَلَّدًا مِنْ عَيْنِهِ كَالْوَلَدِ وَاللَبَنِ وَالصُّوفِ الْحَادِثِ وَثَمَرَةِ الشَّجَرِ فَهَلْ يَرُدُّهُ مَعَهُ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ مَعْرُوفَتَانِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَارَضَ الْمَرِيضُ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ وَسَمَّى لِلْعَامِلِ أَكْثَرَ مِنْ تَسْمِيَةِ مِثْلِهِ صَحَّ وَكَمْ يُحْتَسَبُ مِنَ الثَّلْثِ وَلَوْ سَاقَى وَسَمَّى لِلْعَامِلِ أَكْثَرَ مِنْ تَسْمِيَةِ الْمِثْلِ فَوَجْهَانِ أَشْهُرُهُمَا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلْثِ لِحُدُوثِ الثَّمَرِ مِنْ عَيْنِ مَلِكِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ فَسَخَ الْعَامِلُ الْمُضَارَبَةَ قَبْلَ ظَهْوَرِ الرَّبْحِ لَمْ يَسْتَحِقَّ الْمُضَارِبُ شَيْئًا، وَلَوْ فَسَخَ الْمُسَاقَاةَ قَبْلَ ظَهْوَرِ الثَّمَرِ اسْتَحَقَّ الْعَامِلُ أَجْرَةَ الْمِثْلِ لِأَنَّ الرَّبْحَ لَا يَتَوَلَّدُ مِنَ الْمَالِ بِنَفْسِهِ وَإِنَّمَا يَتَوَلَّدُ مِنَ الْعَمَلِ وَكَمْ يَحْصُلُ بِعَمَلِهِ رِبْحٌ وَالثَّمَرُ مَتَوَلَّدُ مِنْ عَيْنِ الشَّجَرِ وَقَدْ عَمِلَ عَلَى الشَّجَرِ عَمَلًا مُؤَثِّرًا فِي الثَّمَرِ فَكَانَ لِعَمَلِهِ تَأْثِيرٌ فِي حُصُولِ الثَّمَرِ وَظَهْوَرِهِ بَعْدَ الْفَسْخِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ الْمُشَارَكَةَ بَيْنَ اثْنَيْنِ بِمَالٍ أَحَدِهِمَا وَعَمَلٍ الْآخَرُ إِنْ كَانَ الْمُشَارَكَةُ فِيمَا يَنْمُو مِنَ الْعَمَلِ كَالرَّبْحِ جَازَ كَالْمُضَارَبَةِ، وَكَمْ دَفَعَ دَابَّتَهُ أَوْ عَبْدَهُ إِلَى مَنْ يَعْمَلُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ مِنْ كَسْبِهِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ عَلَى الْأَصَحِّ وَإِنْ كَانَتْ الْمُشَارَكَةُ فِيمَا يَحْدِثُ عَيْنُ الْمَالِ كَدَرِ الْحَيَوَانِ وَنَسْلِهِ فَفِيهِ رَوَايَتَانِ. وَكَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ يَخْتَارُ فِيهِ الْمَنْعَ لِأَنَّ الْعَامِلَ لَا يَثْبُتُ حَقُّهُ فِي أَصْلِ عَيْنِ الْمَالِ وَالْمَتَوَلَّدِ مِنَ الْعَيْنِ حُكْمُهُ حُكْمُهَا وَلَكِنَّ هَذَا مَمْنُوعٌ عِنْدَ مَنْ أَجَازَ الِاسْتِئْجَارَ عَلَى حَصَادِ الزَّرْعِ بِجُزْءٍ مِنْهُ أَوْ عَلَى نَسْجِ الثَّوبِ بِعِضِهِ. وَذَلِكَ مَمْنُوعٌ عِنْدَ أَحْمَدَ أَيْضًا

(١) وعند الحنفية لو كان أربعمائه درهم فأدى زكاة خمسمائة، ظاناً أنها كذلك كان له أن يحسب الزيادة للسنة الثانية لأنه أمكن أن يجعل الزيادة تعجيلاً. حاشية ابن عابدين (٢/ ٢٩٣).

وَأُسْتُنِّيَ مِنْ ذَلِكَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ ثَمَرَ الشَّجَرِ فَإِذَا عَمِلَ الشَّرِيكَانَ فِي شَجَرٍ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَشَرَطَا التَّقَاضُلَ فِي ثَمَرِهِ جَازَ [عِنْدَهُ] وَفَرَّقَ بَيْنَ الثَّمَرِ وَغَيْرِهِ مِمَّا يَتَوَلَّدُ مِنْ عَيْنِ الْمَالِ بِأَنَّ لِلْعَمَلِ تَأْثِيرًا فِي حُصُولِ الثَّمَرِ بِخِلَافِ غَيْرِهِ.

وَلِهَذَا الْمَعْنَى جَازَتْ الْمُسَاقَاةُ فَأَمَّا الْإِجَارَةُ الْمَحْضَةُ فَيَجُوزُ فِيهَا يَنْتَفِعُ بِاسْتِغْلَالِهِ وَلِجَارَتِهِ مِنَ الْعَقَارِ وَغَيْرِهِ. وَلَا يَجُوزُ فِيهَا يَنْتَفِعُ بِأَعْيَانِهِ إِلَّا فِيمَا أُسْتُنِّيَ مِنْ ذَلِكَ لِلْحَاجَةِ كَالظَّنِّ وَنَحْوِهَا. وَعِنْدَ تَقْيِّ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْأَعْيَانَ الَّتِي تَسْتَخْلِفُ شَيْئًا فَشَيْئًا حُكْمُهُ حُكْمُ الْمَنَافِعِ فَيَجُوزُ اسْتِيفَاؤُهَا بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ كَمَا يُسْتَوْفَى بِالْوَقْفِ وَالْوَصِيَّةِ.

* * *

القاعدةُ الحاديةُ والعِشرونُ:

وَقَدْ يَخْتَصُّ الْوَلَدُ مِنْ بَيْنِ سَائِرِ النَّمَاءِ الْمُتَوَلَّدِ مِنَ الْعَيْنِ بِأَحْكَامٍ وَيُعْبَرُ عَنْ ذَلِكَ بِأَنَّ الْوَلَدَ هَلْ هُوَ كَالْجُزْءِ أَوْ كَالْكَسْبِ؟ وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ جُزْءٌ فَمِنْ ذَلِكَ لَوْ وَلَدَتْ الْأُمُّ الْمَوْقُوفَةَ وَلَكِنَّا فَهَلْ يَكُونُ مِلْكًا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ كَثَمَرِ الشَّجَرَةِ أَوْ يَكُونُ وَقَفًا مَعَهَا عَلَى وَجْهَيْنِ أَشْهَرُهُمَا أَنَّهُ وَقَفٌ مَعَهَا لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْهَا وَلِهَذَا يَصِحُّ وَقْفُهُ ابْتِدَاءً بِخِلَافِ الثَّمَرَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَلَدَتْ الْمَوْصَى بِمَنَافِعِهَا فَإِنْ قُلْنَا: الْوَلَدُ كَسْبٌ فَكُلُّهُ لِصَاحِبِ الْمَنْفَعَةِ وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ جُزْءٌ فَفِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ بِمَنْزِلَتِهَا. وَالثَّانِي: أَنَّهُ لِلْوَرِثَةِ لِأَنَّ الْأَجْزَاءَ لَهُمْ دُونَ الْمَنَافِعِ.

وَمِنْهَا: هَلْ يَتَّبِعُ الْوَلَدُ أُمَّهُ فِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ كَالصَّحِيحَةِ؟ فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ جُزْءٌ مِنْهَا تَبِعَهَا. وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ كَسْبٌ فَفِيهِ وَجْهَانِ بِنَاءً عَلَى سَلَامَةِ الْاِكْتِسَابِ فِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ.

* * *

القاعدةُ الثانيةُ والعِشرونُ:

الْعَيْنُ الْمَنْعَمَرَةُ فِي غَيْرِهَا إِذَا لَمْ يَظْهَرْ أَثَرُهَا فَهَلْ هِيَ كَالْمَعْدُومَةِ حُكْمًا أَوْ لَا؟. فِيهِ خِلَافٌ وَيَنْبَغِي عَلَيْهِ مَسَائِلُ:

وَمِنْهَا: الْمَاءُ الَّذِي أُسْتَهْلِكَتْ فِيهِ النَّجَاسَةُ فَإِنْ كَانَ كَثِيرًا سَقَطَ حُكْمُهَا بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنْ كَانَ يَسِيرًا فَرَوَيْتَانِ ثُمَّ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ يَقُولُ إِنَّمَا سَقَطَ حُكْمُهَا وَإِلَّا فَهِيَ مَوْجُودَةٌ وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ بَلْ الْمَاءُ أَحَالُهَا لِأَنَّ لَهُ قُوَّةَ الْإِحَالَةِ فَلَمْ يَبْقَ لَهَا وَجُودٌ بَلْ الْمَوْجُودُ غَيْرُهَا فَهُوَ عَيْنٌ طَاهِرَةٌ وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي الْخَطَّابِ.

وَمِنْهَا: اللَّبَنُ الْمَشُوبُ بِالْمَاءِ الْمُنْعَمَرِ فِيهِ هَلْ يَثْبُتُ بِهِ تَحْرِيمُ الرِّضَاعِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: وَهُوَ الْمَحْكِيُّ عَنِ الْقَاضِي أَنَّهُ يَثْبُتُ. وَالثَّانِي: لَا وَاخْتَارَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي وَعَلَى الْأَوَّلِ فَإِنَّمَا يُحَرِّمُ إِذَا شَرِبَ الْمَاءَ كُلَّهُ وَلَوْ فِي دَفْعَاتٍ وَيَكُونُ رَضْعَةً وَاحِدَةً ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ خَلَطَ خَمْرًا بِمَاءٍ وَاسْتَهْلَكَ فِيهِ ثُمَّ شَرِبَهُ لَمْ يَحْدَ هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ، وَسَوَاءٌ قِيلَ بِنَجَاسَةِ الْمَاءِ أَوْ لَا. وَفِي التَّنْبِيهِ لِأَبِي بَكْرٍ عَبْدِ الْعَزِيزِ مِنْ لَتِ بِالْخَمْرِ سَوِيْقًا^(١) أَوْ صَبَّهَا فِي لَبَنٍ أَوْ مَاءٍ جَارٍ ثُمَّ شَرِبَهَا فَعَلَيْهِ الْحَدُّ، وَلَمْ يَفْرُقْ بَيْنَ أَنْ يُسْتَهْلَكَ أَوْ لَا يُسْتَهْلَكَ.

وَمِنْهَا: لَوْ خَلَطَ زَيْتُهُ بِزَيْتٍ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ فَهَلْ هُوَ اسْتِهْلَاكٌ بِحَيْثُ يَجِبُ لِصَاحِبِهِ عَوَضُهُ مِنْ أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ أَوْ هُوَ اشْتِرَاكٌ. فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَانِ الْمَنْصُوصُ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ وَأَبِي الْحَارِثِ أَنَّهُ اشْتَرَكَ وَاخْتَارَهُ ابْنُ حَامِلٍ وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَاخْتَارَ فِي الْمُجَرَّدِ أَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ. وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمُخْتَلَطُ غَضَبًا، فَقَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ: هَذَا قَدْ اخْتَلَطَ أَوَّلُهُ وَآخِرُهُ أَعْجَبَ إِلَيَّ أَنْ يَنْتَزِعَ عَنْهُ كُلُّهُ يَتَصَدَّقُ بِهِ، وَأَنْكَرَ قَوْلَ مَنْ قَالَ: يُخْرِجُ مِنْهُ قَدْرَ مَا خَالَطَهُ.

وَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُتُوهِهِ التَّحْرِيمَ لَامْتِزَاجِ الْحَلَالِ بِالْحَرَامِ وَاسْتِحَالَةِ انْفِرَادِ أَحَدِهِمَا عَنِ الْآخَرِ، وَعَلَى هَذَا فَلَيْسَ لَهُ إِخْرَاجُ قَدْرِ الْحَرَامِ مِنْهُ بِدُونِ إِذْنِ الْمَغْضُوبِ مِنْهُ لِأَنَّهَا قِسْمَةٌ فَلَا يَجُوزُ بِدُونِ رِضَا الشَّرِيكَيْنِ، لَكِنْ لِأَصْحَابِنَا وَجْهٌ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ الْمُشْتَرَكِ أَنَّ لِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ الْانْفِرَادَ بِالْقِسْمَةِ دُونَ الْآخَرِ وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي الْخَطَّابِ وَنَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الدَّرَاهِمِ، وَمَنْعَهُ الْقَاضِي لَكِنَّهُ قَالَ فِي خِلَافِهِ إِنْ كَانَ الْحَقُّ فِي الْقَدْرِ الْمُخْتَلَطِ لِأَدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ لَمْ تَجْزُ الْقِسْمَةُ بِدُونِ إِذْنِهِ وَإِنْ كَانَ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ كَالَّذِي انْقَطَعَ خَبَرُ مَالِكِهِ وَوَجِبَ التَّصَدُّقُ بِهِ، فَلِلْمَالِكِ الْاسْتِبدَادُ بِالْقِسْمَةِ لِأَنَّ لَهُ وَلَايَةَ التَّصَرُّفِ فِيهِ بِالصَّدَقَةِ، وَهَذَا كُلُّهُ بِنَاءٌ عَلَى أَنَّهُ اشْتِرَاكٌ.

وَعَنْ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ قَالَ فِي رِوَايَةِ الْمُرُوذِيِّ: يُخْرِجُ الْعَوَضَ مِنْهُ وَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ [أَنْ] يُخْرِجَ بَدْلَهُ عَوَضًا مِنْهُ وَكَذَا سَأَلَهُ الْمُرُوذِيُّ فِي كِتَابِ الْوَرَعِ لَهُ أَنَّ أَحْمَدَ قَالَ: يُعْطَى الْعَوَضُ وَلَمْ يَقُلْ مِنْهُ وَإِنْ كَانَ أَرَادَ أَنَّهُ يُخْرِجُ الْعَوَضَ مِنْ نَفْسِ الْمُخْتَلَطِ فَهُوَ بِنَاءٌ عَلَى أَنَّهُ شَرِكَةٌ وَأَنَّ لَهُ الْاسْتِبدَادَ بِقِسْمَةِ ذَلِكَ.

(١) يقال: لت الرجل السويق لنا إذا بله بشئ من الماء. عون المعبود (٢/ ٨٢).

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لَهُ بِرِطْلٍ مِنْ زَيْتٍ مُعَيَّنٍ ثُمَّ خَلَطَهُ بِزَيْتٍ [آخَرَ] فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ اشْتِرَاكَ لَمْ تَبْطُلِ الْوَصِيَّةُ، وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ اسْتِهْلَاكَ بَطَلَتْ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ شَيْئًا فَاسْتَهْلَكَ فِي غَيْرِهِ ثُمَّ أَكَلَهُ، قَالَ الْأَصْحَابُ: لَا يَحْنُثُ وَلَمْ يُخْرِجُوا فِيهِ خِلَافًا لِأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْعُرْفِ وَلَمْ يَقْصِدِ الْامْتِنَاعَ مِنْ مِثْلِ ذَلِكَ وَقَدْ يُخْرِجُ فِيهِ وَجْهٌ بِالْحَنْثِ وَقَدْ أَشَارَ إِلَيْهِ أَبُو الْخَطَّابِ كَمَا سَنَذْكُرُهُ، وَهَذَا كُلُّهُ فِي الْمَائِعَاتِ وَالْأَدَقَّةِ وَنَحْوِهَا مِمَّا يَخْتَلِطُ بَعْضُ أَجْزَائِهِ بِبَعْضٍ، فَأَمَّا الْحُبُّوبُ وَالْدَّرَاهِمُ وَنَحْوُهَا فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: حُكْمُهَا حُكْمُ الْمَائِعَاتِ فِيمَا سَبَقَ وَفَرَعُوا عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلَ:

مِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى ثَمَرَةً فَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى اخْتَلَطَتْ بِغَيْرِهَا وَلَمْ تَتَمَيَّزْ فَهَلْ يَنْفَسَخُ الْبَيْعُ عَلَى وَجْهَيْنِ اخْتَارَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ الْإِنْفِسَاخَ وَفِي الْمُجَرَّدِ عَدَمَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ حِنْطَةً فَأَكَلَ شَعِيرًا فِيهِ حَبَّاتٌ حِنْطَوْنَ فِيهِ حِنْثُهُ وَجَهَانٌ ذَكَرَهُمَا أَبُو الْخَطَّابِ وَغَلَطَهُ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ وَقَالَ: يَحْنُثُ بِمَا خِلَافٍ لِأَنَّ الْحَبَّ مُتَمَيِّزٌ لَمْ يُسْتَهْلَكْ بِخِلَافٍ مَا لَوْ طُحِنَتِ الْحِنْطَةُ بِمَا فِيهَا فَاسْتَهْلَكَتْ فَإِنَّهُ لَا يَحْنُثُ.

وَمِنْهَا: لَوْ اخْتَلَطَتْ دَرَاهِمُهُ بِدَرَاهِمٍ مَغْصُوبَةٍ^(١) فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةٍ الْمُرُودِي إِنْ كَانَتْ الدَّرَاهِمُ قَلِيلَةً كَثَلَاثَةً فِيهَا دِرْهَمٌ حَرَامٌ وَجَبَ التَّوَقُّفُ عَنْهَا حَتَّى يَعْلَمَ وَإِنْ كَانَتْ كَثِيرَةً كَثَلَاثِينَ فِيهَا دِرْهَمٌ حَرَامٌ فَإِنَّهُ يُخْرِجُ مِنْهَا دِرْهَمًا [وَاحِدًا] وَيَتَصَرَّفُ فِي الْبَاقِي، وَلَهُ نُصُوصٌ كَثِيرَةٌ فِي هَذَا الْمَعْنَى، وَعَلَّلَ بِأَنَّ الْكَثِيرَ يُجْحِفُ بِمَالِهِ إِخْرَاجَهُ وَأَنْكَرَ عَلَى مَنْ قَالَ: يُخْرِجُ هَذَا قَدْرَ الْحَرَامِ مِنَ الْقَلِيلِ كَالثَّلَاثَةِ إِنْكَارًا [شَدِيدًا]، وَأَمَّا الْقَاضِي فَتَأَوَّلَ كَلَامَهُ عَلَى الْاسْتِحْبَابِ لِأَنَّهُ كُلَّمَا كَثُرَ الْحَلَالُ بَعْدَ تَنَاوُلِ الْحَرَامِ وَشَقَّ التَّوَرُّعُ عَنِ الْجَمِيعِ بِخِلَافِ الْقَلِيلِ. قَالَ: وَالْوَاجِبُ فِي الْجَمِيعِ إِخْرَاجُ قَدْرِ الْحَرَامِ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُصُولِهِ وَخَالَفَ فِي الْفُتُونِ، وَقَالَ: يُحَرِّمُ الْجَمِيعَ.

وَمِنْهَا: لَوْ خَلَطَ الْوَدِيعَةَ وَهِيَ دَرَاهِمُ بِمَالِهِ وَلَمْ تَتَمَيَّزْ، فَالْمَشْهُورُ الضَّمَانُ لِعُدْوَانِهِ حَيْثُ قَوَّتْ تَحْصِيلُهَا، وَعَنْهُ رَوَايَةٌ أُخْرَى لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِأَنَّ التَّقْوَدَ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْعَرَضِ بِأَعْيَانِهَا بَلْ بِمَقْدَارِهَا وَرُبَّمَا كَانَ خَلَطُهَا [مَعَ مَالِهِ] أَحْفَظَ لَهَا، وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ فَإِذَا تَلَفَ بَعْضُ الْمُخْتَلَطِ بِغَيْرِ عُدْوَانٍ جَعَلَ التَّالِفُ كُلَّهُ مِنْ مَالِهِ وَجَعَلَ الْبَاقِي مِنَ الْوَدِيعَةِ نَصًّا عَلَيْهِ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَصْلَ أَمَانَةٌ بِقَاوُهَا وَوُجُوبُ تَسْلِيمِهَا وَلَمْ يَتَيَقَّنْ زَوَالَ ذَلِكَ، وَلِهَذَا قُلْنَا: لَوْ مَاتَ وَعِنْدَهُ

(١) وعند الحنفية يضمن كذلك لأنه أُلْفِئَها بِالْخَلَطِ. بدائع الصنائع (١٦٦/٧).

وَدِيعَةٌ وَجُهْلَ بَقَاؤِهَا إِنَّهَا تَكُونُ دَيْنًا عَلَى التَّرَكَةِ وَتَأْوَلُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ كَلَامَ أَحْمَدَ، رَحِمَهُ اللَّهُ، فِي الضَّمَانِ هُنَا عَلَى أَنَّ الْخَلْطَ كَانَ عُدْوَانًا وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عِنْدَهُمَا إِلَّا مَعَ التَّعَدِّي وَلَوْ اخْتَلَطَتِ الْوَدِيعَةُ بِغَيْرِ فِعْلِهِ، ثُمَّ ضَاعَ الْبَعْضُ جُعِلَ مِنْ مَالِ الْمُودِعِ فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ذَكَرَهُ أَبُو الْبَرَكَاتِ ابْنُ تَيْمِيَّةٍ فِي شَرْحِ الْهَدَايَةِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْقَاضِي ذَكَرَ فِي الْخِلَافِ أَنَّهُمَا بَصِيرَانِ شَرِيكَيْنِ، قَالَ أَبُو الْبَرَكَاتِ: وَلَا يَبْعُدُ عَلَى هَذَا أَنْ يَكُونَ الْهَالِكُ مِنْهُمَا وَذَكَرَ الْقَاضِي أَيْضًا فِي بَعْضِ تَعَالِيْقِهِ فِيمَنْ مَعَهُ دِينَارٌ أَمَانَةٌ لَغَيْرِهِ فَسَقَطَ مِنْهُ مَعَ دِينَارٍ لَهُ فِي رَحَى فَدَارَتْ عَلَيْهِمَا حَتَّى تَقْصَا وَكَانَ نَقْصُ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنْ نَقْصِ الْآخَرِ وَلَمْ يَذَرْ أَيُّهُمَا لَهُ: أَنَّهُ يُحْتَاطُ فَيُدْفَعُ إِلَى صَاحِبِ الْأَمَانَةِ مَا يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ قَدَرُ حَقِّهِ، فَإِنْ ادَّعَى أَنَّ التَّقِيلَ لَهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي الظَّاهِرِ لِأَنَّ يَدَهُ عَلَيْهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* * *

القاعدة الثالثة والعشرون:

مَنْ حَرَّمَ عَلَيْهِ الْامْتِنَاعُ مِنْ بَدَلِ شَيْءٍ سَأَلَهُ فَاْمْتَنَعَ فَهَلْ يَسْقُطُ إِذْنُهُ بِالْكَلْبَةِ أَوْ يُعْتَبَرُ وَيُجْبَرُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ هَذَا نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ الْمَطْلُوبُ مِنْهُ إِذْنًا مُجَرَّدًا وَيَنْدَرِجُ تَحْتَهُ صُورٌ:

مِنْهَا: وَضْعُ الْخَشَبِ عَلَى جِدَارٍ جَارِهِ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِهِ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى عَدَمِ اعْتِبَارِ إِذْنِهِ فِي ذَلِكَ وَفِي التَّلْخِصِ أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَيْهِ إِنْ أَبَاهُ.

وَمِنْهَا: حَجُّ الزَّوْجَةِ الْفَرَضِ وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ صَالِحَةٍ عَلَى أَنَّهَا لَا تَحُجُّ إِلَّا بِإِذْنِهِ وَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مَنَعُهَا فَعَلَى هَذَا يُجْبَرُ عَلَى الْإِذْنِ لَهَا، وَنَقَلَ ابْنُ أَبِي مُوسَى عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ اسْتِثْنَاءَهَا لَهُ مُسْتَحَبٌّ لَيْسَ بِوَاجِبٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا قُلْنَا: بِوُجُوبِ الْجُمُعَةِ عَلَى الْعَبْدِ فَهَلْ يَتَوَقَّفُ عَلَى إِذْنِ السَّيِّدِ؟ حَكَى الْأَصْحَابُ فِيهِ رَوَايَتَيْنِ: إِحْدَاهُمَا لَا تَجِبُ عَلَى الْعَبْدِ حَتَّى يَأْذَنَ لَهُ السَّيِّدُ. وَالْثَانِيَةُ تَجِبُ بِدُونِ إِذْنِهِ وَيُسْتَحَبُّ لَهُ اسْتِثْنَاءُهُ فَإِنْ أَذِنَ لَهُ وَلِأَنَّ خَالَفَهُ وَدَهَبَ.

وَمِنْهَا: أَخَذُ فَاضِلِ الْكَلَالِ وَالْمَاءِ مِنْ أَرْضِهِ هَلْ يَقِفُ جَوَازُ الدُّخُولِ إِلَى الْأَرْضِ عَلَى إِذْنِهِ أَمْ يَجُوزُ بِدُونِ إِذْنِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى جَوَازِ الرَّعْيِ فِي الْأَرْضِ الْمَغْصُوبَةِ يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ اعْتِبَارِ الْإِذْنِ فِي ذَلِكَ وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ الْخِلَافُ فِي غَيْرِ الْمَحْطُوطِ، [فَأَمَّا الْمَحْطُوطُ] فَلَا يَجُوزُ دُخُولُهُ بِغَيْرِ إِذْنٍ بِغَيْرِ خِلَافٍ. قَالَ: وَمَتَى تَعَدَّرَ الْاسْتِثْنَاءُ لَغِيْبَةٍ

الْمَالِكِ أَوْ غَيْرَهَا أَوْ اسْتَأْذَنَ، فَلَمْ يَأْذَنْ سَقَطَ إِذْنُهُ كَمَا فِي الْوَلِيِّ فِي النِّكَاحِ، وَنَقَلَ مِثْلُ الْأَبَّارِيِّ عَنْ أَحْمَدَ مَا يُشْعِرُ بِالْفَرْقِ بَيْنَ الدُّخُولِ لِلْمَاءِ، وَالْكَلاِ فَيَتَعَيَّنُ الاسْتِثْنَاءُ لِلدُّخُولِ لِلْكَلاِ دُونَ الْمَاءِ.

وَمِنْهَا: بِذَلِكَ الضِّيَافَةِ الْوَاجِبَةِ إِذَا امْتَنَعَ مِنْهَا، جَازَ الْأَخْذُ مِنْ مَالِهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ إِذْنُهُ فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ نَقْلَهَا عَلِيُّ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ أَحْمَدَ، وَنَقَلَ عَنْهُ حَنْبَلٌ لَا يَأْخُذُ إِلَّا بِعِلْمِهِمْ وَيَطَالِبُهُمْ بِقَدْرِ حَقِّهِ.

وَمِنْهَا: نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ الْوَاجِبَةُ.

وَمِنْهَا: الطَّعَامُ الَّذِي يَضْطَرُّ إِلَيْهِ غَيْرُهُ، فَإِنَّهُ يُلْزَمُهُ بِذَلِكَ لَهُ بِقِيَمَتِهِ فَإِنْ أَبَى فَلِلْمُضْطَرِّ أَخْذَهُ قَهْرًا وَلَكَمَا سَقَطَ اعْتِبَارُ الْإِذْنِ فِي هَذِهِ الصُّورِ لِأَنَّ اعْتِبَارَهُ يُؤَدِّي إِلَى مَشَقَّةٍ وَحَرَجٍ وَرَبَّمَا أَدَّى إِلَى فَوَاتِ الْحَقِّ بِالْكُلِّيَّةِ.

النُّوعُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ الْمَطْلُوبُ مِنْهُ نَصْرُقًا لِعَقْدٍ أَوْ فسخٍ أَوْ غَيْرِهِمَا وَيَنْدَرِجُ تَحْتَهُ صُورٌ:

مِنْهَا: إِذَا طَلَبَ مِنْهُ الْقِسْمَةُ الَّتِي تَلْزَمُهُ الْإِجَابَةُ إِلَيْهَا، وَالْأَصْحَابُ يَقُولُونَ: يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرَكُ مِثْلِيًّا وَهُوَ الْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ وَامْتَنَعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مِنَ الْإِذْنِ فِي الْقِسْمَةِ أَوْ غَابَ فَهَلْ يَجُوزُ لِلشَّرِيكِ الْآخَرِ أَخْذُ قَدْرِ حَقِّهِ مِنْهُ بِدُونِ إِذْنِ الْحَاكِمِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: الْجَوَازُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ.

وَالثَّانِي: الْمَنْعُ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مُخْتَلَفٌ فِي كَوْنِهَا بَيْعًا وَإِذْنُ الْحَاكِمِ يَرْفَعُ النَّزَاعَ.

وَمِنْهَا: إِذَا امْتَنَعَ مِنْ بَيْعِ الرِّهْنِ، فَإِنَّ الْحَاكِمَ يُجْبِرُهُ عَلَيْهِ وَيَحْبِسُهُ فَإِنْ أَصْرَبَ بَاعَ عَلَيْهِ وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ يَقُولُ الْحَاكِمُ مُخَيَّرٌ إِنْ شَاءَ أَجْبَرَهُ عَلَى الْبَيْعِ، وَإِنْ شَاءَ بَاعَ عَلَيْهِ وَهُوَ الْمَجْزُومُ بِهِ فِي الْمَعْنَى.

وَمِنْهَا: إِذَا امْتَنَعَ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَى بَهَائِمِهِ، فَإِنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى الْإِنْفَاقِ أَوْ الْبَيْعِ كَذَا أَطْلَقَهُ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ. وَقَالَ ابْنُ الزَّاعُونِي: إِنْ أَبَى بَاعَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: الْمَوْلَى إِذَا وَقَفَ ثُمَّ امْتَنَعَ مِنَ الْفَيْتَةِ، فَإِنَّهُ يُؤْمَرُ بِالطَّلَاقِ، فَإِنْ طَلَّقَ فَذَاكَ، وَإِلَّا فَفِيهِ رَوَايَتَانِ:

إحداهما: يُجْبَرُ عَلَى الطَّلَاقِ بِالْحَبْسِ وَالتَّضْيِيقِ.

وَالثَّانِيَةُ: يُطْلَقُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: الْعَيْنُ إِذَا انْقَضَتْ مُدَّتُهُ^(١) وَتَحَقَّقَ عَجْزُهُ وَآبَى أَنْ يُفَارِقَ زَوْجَتَهُ، فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا^(٢).

وَمِنْهَا: إِذَا مَكَلَ بَعْدِيهِ، قَالَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ الْمِمْوْنِيِّ: يُعْتَقُهُ السُّلْطَانُ عَلَيْهِ، وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ بِمُجَرَّدِ التَّمْثِيلِ، وَلَكِنْ يُعْتَقُهُ السُّلْطَانُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارٍ، لِأَنَّ عِتْقَهُ صَارَ مُحْتَمًّا لَا مُحَالَةً كَمَا فَعَلَ عُمَرُ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، بِخِلَافِ طَلَاقِ الْمُؤَلِّي، فَإِنَّهُ لَوْ فَاءَ لَمْ يُطَالَبْ بِالطَّلَاقِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ أَنَّ السُّلْطَانَ يَحْكُمُ عَلَيْهِ بِوُقُوعِ الْعِتْقِ كَمَا هُوَ الْمَعْرُوفُ فِي الْمَذْهَبِ وَفِيهِ بَعْدُ.

وَمِنْهَا: الْمُوصَى بِعِتْقِهِ إِذَا امْتَنَعَ الْوَارِثُ مِنْ إِعْتَاقِهِ أَعْتَقَهُ السُّلْطَانُ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا بِشَرْطِ الْعِتْقِ وَقُلْنَا: يَصِحُّ عَلَى الصَّحِيحِ قَائِي أَنْ يُعْتَقَهُ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَقِيلَ رَوَاتَانِ:

إحداهما: وَنَصَّ عَلَيْهَا أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ الْأَثَرِمِ: أَنَّ لِلْبَائِعِ الْفَسْخَ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ حَقٌّ لَهُ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يُجْبَرُ الْمُشْتَرِي عَلَى عِتْقِهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ حَقٌّ لِلَّهِ [تَعَالَى فَعَلَى] هَذَا إِذَا امْتَنَعَ وَأَصْرَرَ تَوَجَّهَ أَنْ يُعْتَقَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: الْحَوَالَةُ عَلَى الْمَلِيءِ، هَلْ يُعْتَبَرُ لِبَرَاءَةِ الْمُحِيلِ رِضَا الْمُحَالِ، فَإِنْ آبَى أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ لِأَنَّ احْتِيَالَهُ عَلَى الْمَلِيءِ وَاجِبٌ عِنْدَنَا أَوْ يَبْرَأُ بِمُجَرَّدِ الْحَوَالَةِ فِيهِ عَنْ أَحْمَدَ رَوَاتَانِ حَكَاهُمَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَطَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ، وَمَبْنَاهُمَا عَلَى أَنَّ الْحَوَالَةَ هَلْ هِيَ نَقْلٌ لِلْحَقِّ أَوْ تَقْيِيزٌ، فَإِنْ قُلْنَا: نَقْلًا لَمْ يُعْتَبَرْ لَهَا قَبُولٌ. وَإِنْ كَانَتْ تَقْيِيزًا فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَبْضِ بِالْقَوْلِ، وَهُوَ قَوْلُهَا فَيُجْبَرُ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: الْوَلِيُّ فِي النِّكَاحِ إِذَا امْتَنَعَ مِنَ التَّرْوِيجِ، فَهَلْ يَسْقُطُ حَقُّهُ وَيَتَقَلُّ إِلَى غَيْرِهِ مِمَّنْ هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُ، أَوْ لَا، فَيَقُومُ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ عَلَى رَوَاتَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَآبَى أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُمْ، أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى الْاخْتِيَارِ

(١) هذه المدة سنة. الأم (١١٩/٥)، والأصل في ذلك رواية عن سيدنا عمرو رضى الله عنه: أنه قضى أن يؤجل العتق سنة.

(٢) ووجبت عليها العدة، وتزوج كما تزوج الإبكار. البحر الرائق (١٢٢/٣).

وَعَزَّرَهُ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى حَتَّى يَخْتَارَ. وَلَمْ يَخْتَرْ لَهُ إِذْ الْاِخْتِيَارُ مَوْكُولٌ إِلَى شَهْوَتِهِ وَغَرَضِهِ لَا غَيْرَ.

[وَمِنْهَا: الْكِتَابَةُ إِذَا أُوجِبَتْهَا بِسُؤَالِ الْعَبْدِ فَأَبَى السَّيِّدُ، أَجَبَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهَا].
وَمِنْهَا: إِذَا آتَاهُ الْغَرِيمُ بِدَيْنِهِ الَّذِي يَجِبُ عَلَيْهِ قَبْضُهُ فَأَبَى أَنْ يَقْبِضَهُ. قَالَ فِي الْمَعْنَى:
يَقْبِضُهُ الْحَاكِمُ وَتَبَرَأَ ذِمَّةُ الْغَرِيمِ لِقِيَامِ الْحَاكِمِ مَقَامَ الْمُتَمَتِّعِ بِوَلَايَتِهِ. وَلَوْ آتَاهُ الْكَفِيلُ بِالْغَرِيمِ
فَأَبَى أَنْ يَتَسَلَّمَهُ، فَقَالَ فِي الْمَعْنَى: يُشْهَدُ عَلَى امْتِنَاعِهِ، وَيَبْرَأُ لَوْجُودِ الْإِحْضَارِ. وَذَكَرَ عَنِ
الْقَاضِي أَنَّهُ يَرْفَعُهُ إِلَى الْحَاكِمِ أَوْ لَا لِيَسَلِّمَهُ إِلَيْهِ، فَإِنْ تَعَدَّرَ أَشْهَدَ عَلَى امْتِنَاعِهِ.

* * *

القاعدة الرابعة والعشرون:

مَنْ تَعَلَّقَ بِمَالِهِ حَقٌّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فَبَادَرَ إِلَى تَقْلِ الْمَلِكِ عَنْهُ صَحٌّ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الْحَقُّ مُتَعَلِّقًا
بِالْمَالِ نَفْسِهِ لَمْ يَسْقُطْ وَإِنْ كَانَ مُتَعَلِّقًا بِمَالِكِهِ لِمَعْنَى زَالٍ بِانْتِقَالِهِ عَنْهُ سَقَطَ، وَإِنْ كَانَ لَا
يَزُولُ بِانْتِقَالِهِ لَمْ يَسْقُطْ عَلَى الْأَصَحِّ، وَيَدْخُلُ تَحْتَ ذَلِكَ صُورٌ:

مِنْهَا: لَوْ بَادَرَ الْعَالُ قَبْلَ إِحْرَاقِ رَحْلِهِ وَبَاعَهُ، فَفِيهِ وَجْهَانِ حَكَاهُمَا فِي الْمَعْنَى.
أَحَدُهُمَا: يَصِحُّ لِأَنَّ مِلْكَهُ بَاقٍ لَمْ يَزَلْ وَيَسْقُطُ التَّحْرِيقُ لِانْتِقَالِهِ عَنْهُ، فَهُوَ كَمَا لَوْ مَاتَ
وَأَنْتَقَلَ إِلَى وَارَثِهِ.

وَالثَّانِي: يَنْفَسَخُ الْبَيْعُ وَيَحْرَقُ لِأَنَّ حَقَّ التَّحْرِيقِ أَسْبَقُ وَقَدْ تَعَلَّقَ بِهِذَا الْمَالِ عُقُوبَةُ لِمَالِكِهِ
عَلَى جَرِمَتِهِ السَّابِقَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ الْمُشْتَرِي الشَّقْصَ الْمَشْفُوعَ قَبْلَ الْمُطَالَبَةِ بِالشَّقْعَةِ^(١) فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ تَامٍّ، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَبِي بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الْبَيْعَ صَحِيحٌ، وَهُوَ قَوْلُ الْخَرَقِيِّ، وَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ لِأَنَّ أَخَذَ الشَّقْعِ
مِنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي مُمَكِّنٌ، فَإِنْ اخْتَارَ ذَلِكَ فَعَلَّ، وَإِلَّا فُسَخَ الْبَيْعُ الثَّانِي وَأُخِذَ مِنَ الْأَوَّلِ
لِسَبْقِ حَقِّهِ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَمَرَ الدَّيْمِيُّ بِهَدْمِ بَنَائِهِ الْعَالِي فَبَادَرَ وَبَاعَ مِنْ مُسْلِمٍ صَحٌّ وَسَقَطَ الْهَدْمُ لِرُؤَالِ

(١) وعند الحنفية للشفع للشفيع فسخ البيع وأخذ المبيع بالشفعة دفعا للضرر عن نفسه. بدائع الصنائع (٢/٣١٨).
وعند مالك إذا بيع المشفوع والشريك حاضر يعلم بالبيع فله المطالبة بالشفعة متى شاء ولا يسقط حق
فيها، إلا بأحد أمرين. أولهما: أن يمضي مدة يعلم أنه في مثلها قد أعرض عن الشفعة تقدر بسنة، وروى
خمس سنة. والثاني: أن يرفعه المشتري إلى الحاكم ويلزمه الحاكم بالأخذ أو الترك.

عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ لَمْ يَجِبِ الْهَدْمُ إِلَّا لِإِزَالَةِ ضَرَرِ اسْتِدَامَةِ تَعْلِيَةِ الذَّمِّ لَا عُقُوبَةَ لِلتَّعْلِيَةِ الْمَاضِيَةِ، وَقَدْ زَالَ الضَّرَرُ بِإِنْتِقَالِهِ إِلَى الْمُسْلِمِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ بَادَرَ الْمَالِكُ وَأَسْلَمَ، فَإِنَّ الْهَدْمَ يَسْقُطُ بِلَا تَرَدُّو.

وَمِنْهَا: لَوْ مَالَ جِدَارُهُ إِلَى مَلِكٍ جَارِهِ فَطُولِبَ بِهِدْمِهِ فَبَاعَ دَارَهُ صَحَّ، وَهَلْ يَسْقُطُ الضَّمَانُ عَنْهُ بِالسَّقُوطِ بَعْدَ ذَلِكَ عَلَى رَوَايَةِ التَّضْمِينِ أَمْ لَا؟ قَالَ الْقَاضِي: يَسْقُطُ لِأَنَّ الْوُقُوعَ فِي غَيْرِ مَلِكِهِ، وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: إِنْ قَصِدَ بَيْعُهُ الْفِرَارَ مِنَ الْمُطَالَبَةِ بِهِدْمِهِ لَمْ يَسْقُطِ الضَّمَانُ لِانْعِقَادِ سَبَبِهِ فِي مَلِكِهِ كَمَا لَوْ بَاعَ سَهْمًا بَعْدَ خُرُوجِهِ مِنْ كَيْدِ الْقَوْسِ، فَإِنَّ عَلَيْهِ ضَمَانَ مَا يُتْلَفُهُ قَالَ: وَكَذَا لَوْ بَاعَ فَخًّا أَوْ شَبَكَةً مَنْصُوبَتَيْنِ فَوَقَعَ فِيهِمَا صَيْدٌ فِي الْحَرَمِ أَوْ مَمْلُوكٌ لِلْغَيْرِ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ ضَمَانُهُ.

وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْقَاضِيَّ لَا يُخَالِفُ فِي هَذِهِ الصُّورِ، فَإِنَّهُ قَالَ فِيمَا إِذَا أَخْرَجَ جَنَاحًا أَوْ مِيزَابًا إِلَى الطَّرِيقِ ثُمَّ بَاعَ مَلِكُهُ بَعْدَ الْمُطَالَبَةِ بِإِزَالَتِهِ ثُمَّ سَقَطَ: فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ. لِأَنَّ خُرُوجَهُ إِلَى غَيْرِ مَلِكِهِ حَصَلَ بِفِعْلِهِ بِخِلَافِ مِثْلِ الْحَائِطِ، فَإِنَّهُ لَا فِعْلَ لَهُ فِيهِ، وَإِنَّمَا يُلْزَمُهُ إِزَالَتُهُ عَلَى وَجْهِ مُمَكِّنٍ وَلَا يُمْكِنُهُ نَقْضُهُ بَعْدَ زَوَالِ مَلِكِهِ عَنْهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا بِشَرْطِ الْعِتْقِ ثُمَّ بَاعَهُ بِهَذَا الشَّرْطِ فَهَلْ يَصِحُّ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهِينِ حَكَاهُمَا الْأَرْجِي فِي نَهَائَتِهِ، وَصَحَّحَ عَدَمَ الصَّحَّةِ لِأَنَّهُ يَتَسَلَّلُ، وَلِأَنَّ تَعَلُّقَ حَقِّ الْعِتْقِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ يَمْنَعُ الصَّحَّةَ، كَمَا لَوْ نَذَرَ عِتْقَ عَبْدٍ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ وَعِنْدِي أَنَّ هَذَا الْخِلَافَ مُتَرْتِبٌ عَلَى أَنَّ الْحَقَّ هَلْ هُوَ لِلَّهِ وَيَجْبَرُ عَلَيْهِ إِنْ أَبَاهُ أَوْ لِلْبَائِعِ، فَعَلَى الْأَوَّلِ هُوَ كَالْمَنْدُورِ عِتْقُهُ وَعَلَى الثَّانِي يَسْقُطُ الْفَسْخُ لِزَوَالِ الْمَلِكِ وَلِلْبَائِعِ الرَّجُوعُ بِالْأَرْضِ، فَإِنَّ هَذَا الشَّرْطَ يَنْقُصُ بِهِ الثَّمَنُ عَادَةً، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ لَهُ الْفَسْخُ لِسَبْقِ حَقِّهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ الْعَبْدُ الْجَانِي لِرَمَاهُ افْتِدَائُهُ، فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَسُخَّ الْبَيْعُ تَقْدِيمًا لِحَقِّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لِسَبْقِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ الْوَارِثُ التَّرَكَةَ مَعَ اسْتِغْرَاقِهَا بِالذَّيْنِ مُلْتَزِمًا لِضَمَانِهِ ثُمَّ عَجَزَ عَنْ وَقَائِهِ، فَإِنَّهُ يُفْسَخُ الْبَيْعُ^(١).

(١) ومفهوم ذلك إن امتنع عن الوفاء مع القدرة أجبر عليه ولم يفسخ البيع، كما في العبد الجاني والنصاب الزكوي ولا يمنع دين من التركة أو غيرها. كشاف القناع (٦/٣٨٣). وعند الحنفية أنه إذا باع الوارث بدون رضا الورثاء لا ينفذ. حاشية ابن عابدين (٤١٦/٥).

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ نِصَابَ الزَّكَاةِ بَعْدَ الْوُجُوبِ ثُمَّ أَعْسَرَ فَهَلْ يُفْسَخُ فِي قَدْرِ الزَّكَاةِ أَمْ لَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ عَلَى أَنَّ الزَّكَاةَ هَلْ كَانَتْ مُتَعَلِّقَةً بِعَيْنِ الْمَالِ أَوْ بِذِمَّةِ رَبِّهِ؟ فَإِنْ قِيلَ: بِعَيْنِ الْمَالِ فَسُخَّ الْبَيْعُ لاسْتِفَائِهَا مِنْهُ، وَإِلَّا فَلَا.

* * *

القاعدة الخامسة والعشرون:

مَنْ ثَبِتَ لَهُ مِلْكٌ عَيْنٍ بَيِّنَةٍ أَوْ إِقْرَارٍ فَهَلْ يَتَّبِعُهَا مَا يَتَّصِلُ بِهَا أَوْ تَوَلَّدَ مِنْهَا أَمْ لَا؟ فِي الْمَسْأَلَةِ خِلَافٌ وَلَهَا صَوْرَتَانِ:

مِنْهَا: أَنَّ مَنْ ثَبِتَ لَهُ مِلْكُ أُمَةٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ وَمَعَهَا وَلَدٌ فَهَلْ يَتَّبِعُهَا فِي الْمِلْكِ إِذَا ادَّعَاهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي لِأَنَّهُ لَا يَتَّبِعُهَا فِي بَيْعٍ وَلَا غَيْرِهِ وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ وَلَدَتُهُ قَبْلَ مِلْكِهِ لَهَا.

وَالثَّانِي: وَإِلَيْهِ مِيلُ ابْنِ عَقِيلٍ أَنَّهُ يَتَّبِعُهَا لِأَنَّهُ مِنْ أَجْزَائِهَا، وَقَدْ ثَبِتَ سَبْقُ الْيَدِ الْحُكْمِيَّةِ لِلْيَدِ الْمُشَاهِدَةِ فَتَكُونُ مُرَجَّحَةً عَلَيْهَا، وَيُشْبِهُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مَا إِذَا ادَّعَى أُمَةٌ فِي يَدِ غَيْرِهِ أَنَّهَا أُمٌ وَلَدِهِ وَأَنَّ وَلَدَهَا مِنْهُ [حُرٌّ] وَأَقَامَ بِذَلِكَ شَاهِدًا وَحَلَفَ مَعَهُ أَوْ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ ثَبِتَ مِلْكُهُ عَلَيْهَا، وَثَبِتَ اسْتِيلَاُهَا بِإِقْرَارِهِ وَفِي الْوَلَدِ رَوَايَتَانِ حَكَاهُمَا أَبُو الْخَطَّابِ.

إِحْدَاهُمَا: يَثْبُتُ نَسَبُهُ وَحُرِّيَّتُهُ لِكَوْنِهِ مِنْ نَمَائِهَا فَيَتَّبِعُهَا وَيَكُونُ ثُبُوتُ ذَلِكَ بِالْإِقْرَارِ لَا بِالْبَيِّنَةِ.

وَالثَّانِيَّةُ: لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ وَلَا الْحُرِّيَّةُ لِأَنَّهُمَا لَا يَثْبُتَانِ بِهِذِهِ الشَّهَادَةِ، وَفِيهِ وَجْهٌ يُثْبِتُ النَّسَبَ دُونَ الْحُرِّيَّةِ وَتَبْقَى [صِحَّةُ] الْوَلَدِ عَلَى مِلْكٍ مَنْ كَانَتْ يَدُهُ بِنَاءً عَلَى صِحَّةِ اسْتِلْحَاقِ نَسَبِ الْعَبْدِ كَمَا جَزَمَ بِهِ صَاحِبُ التَّلْخِصِ.

وَمِنْهَا: لَوْ ثَبِتَ لَهُ مِلْكُ أَرْضٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ بَيِّنَةٍ أَوْ إِقْرَارٍ وَفِيهَا شَجَرٌ قَائِمٌ، فَهَلْ يَتَّبِعُهَا أَمْ لَا؟ يَحْتَمِلُ أَنْ يُخْرَجَ عَلَى وَجْهَيْنِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الشَّجَرَ هَلْ يَتَّبِعُ فِي الْبَيْعِ أَمْ لَا؟ وَاقْتَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ، رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّ مَا كَانَ مُتَّصِلًا بِالْأَرْضِ مِنَ الشَّجَرِ فَيَدُ أَهْلِ الْأَرْضِ ثَابِتَةٌ عَلَيْهِ مَا لَمْ تَأْتِ حُجَّةٌ تَدْفَعُ مُوجِبَ الْيَدِ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الْغَارِسُ قَدْ عَرَفَ أَنَّهُ غَرَسَهُ بِمَالِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الرَّهْنِ، فِيمَا إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتْرَاهِنَانِ فِي رَهْنَةِ الشَّجَرِ فِي الْأَرْضِ الْمَرْهُونَةِ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمَالِكِ، لِأَنَّ الْاِخْتِلَافَ هُنَا فِي عَقْدٍ وَالْيَدَ لَا

تَدُلُّ عَلَيْهِ بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي مِلْكِهِ، وَصَرَّحَ صَاحِبُ التَّلْخِصِ: بِأَنَّ مَا فِي دَارِ الْإِنْسَانِ يَكُونُ فِي يَدِهِ وَلَوْ كَانَ مُفْصَلًا مَقُولًا وَيَحْتَمَلُ تَخْرِيجُ ذَلِكَ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فِي مِلْكِ الْمَبَاحَاتِ الْحَاصِلَةِ فِي أَرْضِهِ بِمَجَرَّدِ حُصُولِهَا فِي الْأَرْضِ نَظَرًا إِلَى أَنَّ الْأَرْضَ هَلْ هِيَ كَالْيَدِ أَمْ لَا؟ فَإِنْ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ أَنَّ هَذِهِ الشَّجَرَةَ لَهُ وَعَلَيْهَا ثَمَرٌ، فَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: يُحْكَمُ لَهُ بِهِ حَتَّى لَوْ كَانَ الثَّمَرُ بِيَدِ رَجُلٍ وَتَبَيَّنَ سَبْقُ مِلْكِ الشَّجَرَةِ لِغَيْرِهِ حُكْمَ لَهُ بِالثَّمَرَةِ لِثُبُوتِ سَبْقِ مِلْكِهِ عَلَى أَخْذِ غَيْرِهِ لِلثَّمَرَةِ وَلِإِخْرَاجِ فِيهِ وَجْهٍ آخَرَ كَالْوَلَدِ، وَبِهِ جَزَمَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ.

وَمِنْهَا: لَوْ ثَبَتَ أَنَّ هَذَا الْعَبْدَ مِلْكٌ لَهُ وَهُوَ فِي يَدِ غَيْرِهِ وَعَلَى الْعَبْدِ ثِيَابٌ فَادَّعَاهَا مِنَ الْعَبْدِ فِي يَدِهِ. فَقَالَ صَاحِبُ الْكَافِي وَالتَّرْغِيبِ: هِيَ لَهُ لِأَنَّ يَدَهُ عَلَيْهَا وَهِيَ مُفْصَلَةٌ عَنِ الْعَبْدِ وَيَحْتَمَلُ وَجْهَيْنِ آخَرَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ مَا يَتَّبِعُ الْعَبْدَ مِنَ الثِّيَابِ فِي الْبَيْعِ يَتَّبِعُهُ هَاهُنَا، وَمَا لَا فَلَا [ص ٢٤].

وَالثَّانِي: إِنْ تَطَاوَلَتْ مُدَّةُ هَذِهِ الْيَدِ بِحَيْثُ تُبْلَى فِيهَا ثِيَابُ الْعَبْدِ عَادَةً فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ، وَإِلَّا فَلَا لِحَقَاقَتِهَا بِالْعَبْدِ الْمُتَنَازِعِ فِي حَدُوثِهِ عِنْدَ الْبَايَعِ أَوْ الْمُشْتَرِي إِذَا لَمْ يَحْتَمِلِ الْحَالُ إِلَّا قَوْلَ أَحَدِهِمَا وَحْدَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَنَازَعَ الْمُؤَجَّرُ وَالْمُسْتَأْجِرُ فِي شَيْءٍ مِنَ الدَّارِ الْمُسْتَأْجَرَةِ، فَذَكَرَ الْأَصْحَابُ أَنَّ مَا يَتَّبِعُ فِي الْبَيْعِ فَهُوَ لِلْمُؤَجَّرِ، وَمَا لَا يَتَّبِعُ إِنْ كَانَتْ جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ فِي الْمَنَازِلِ فَفِيهِ خِلَافٌ. وَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ لِلْمُؤَجَّرِ أَيْضًا، وَكَذَلِكَ الْوَجْهَانِ لَوْ تَنَازَعَ الْمُؤَجَّرُ وَالْمُسْتَأْجِرُ فِي كَنْزٍ مَدْفُونٍ فِي الْأَرْضِ، وَهَلْ الْحُكْمُ مُخْتَصٌّ بِحَالَةِ بَقَاءِ يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ أَمْ لَا؟ صَرَّحَ فِي التَّلْخِصِ فِي مَسْأَلَةِ الْكَنْزِ: بِأَنَّ الْخِلَافَ فِي صُورَةِ بَقَاءِ الْإِجَارَةِ وَأَنْقِضَائِهَا، وَيَشْهَدُ لَهُ مَسْأَلَةُ الْمَالِ الْمَدْفُونِ إِذَا ادَّعَاهُ مَنْ كَانَتْ الْأَرْضُ لَهُ وَوَصَفَهُ أَنَّهُ يَقْبَلُ مِنْهُ، وَكَذَلِكَ حُكْمُ اخْتِلَافِ الزَّوْجَيْنِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ جَازَ مَعَ بَقَاءِ الزَّوْجِيَّةِ وَزَوَالِهَا فِي أَحَدِ الطَّرِيقَيْنِ لِلْأَصْحَابِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَقْرَأَ لَهُ بِمَظْرُوفٍ فِي ظَرْفٍ كَثَمَرٍ فِي جِرَابٍ أَوْ كَسِيفٍ فِي قِرَابٍ أَوْ فَصٍّ فِي خَاتَمٍ أَوْ رَأْسٍ وَآكَارٍ فِي شَاوٍ أَوْ نَوَى فِي تَمَرٍ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَشْهُرُهُمَا: يَكُونُ مُقَرَّرًا بِالْمَظْرُوفِ دُونَ ظَرْفِهِ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ حَامِلٍ وَالْقَاسِمِيِّ وَأَصْحَابِهِ، لِأَنَّ الظَّرْفَ غَيْرُ مُقَرَّرٍ بِهِ، وَإِنَّمَا هُوَ مَوْصُوفٌ بِهِ فَهُوَ كَقَوْلِهِ دَابَّةٌ فِي إِصْطَبَلٍ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: [هُوَ] مُقَرَّرٌ بِهِمَا وَإِلَّا لَمْ يَكُنْ ثَمَّ فَائِدَةٌ لِذَلِكَ الظَّرْفِ.

وَفَرَّقَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ بَيْنَ مَا يَتَّصِلُ بِظَرْفِهِ عَادَةً أَوْ خِلْقَةً فَيَكُونُ إِقْرَارًا بِهِ دُونَ مَا هُوَ مُتَفَصِّلٌ عَنْهُ عَادَةً وَيَحْتَمِلُ التَّفْرِيقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الثَّانِي تَابِعًا لِلأَوَّلِ فَيَكُونُ إِقْرَارًا بِهِ كَتَمَرٍ فِي جِرَابٍ أَوْ سَيْفٍ فِي قِرَابٍ، وَبَيْنَ أَنْ يَكُونَ مَتَّبِعًا فَلَا يَكُونُ إِقْرَارًا بِهِ كَتَوَى فِي تَمَرٍ وَرَأْسٍ فِي شَاةٍ، وَأَمَّا إِنْ قَالَ: خَاتَمٌ فِيهِ فَصٌّ، وَجِرَابٌ فِيهِ تَمَرٌ، وَقِرَابٌ فِيهِ سَيْفٌ، فَقِيلَ: هُوَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ مُطْلَقًا، وَقِيلَ فِي قَوْلِهِ خَاتَمٌ فِيهِ فَصٌّ: إِنَّهُ إِقْرَارٌ بِهِمَا جَمِيعًا بِغَيْرِ خِلَافٍ، لِأَنَّ إِطْلَاقَ الْخَاتَمِ يَدْخُلُ فِيهِ الْفَصُّ، فَإِذَا وَصَفَهُ بِالْفَصِّ ثَبَّتْنَا دُخُولَهُ فِيهِ، وَلَمْ يَجْزِ إِخْرَاجُهُ مِنْهُ كَقَوْلِهِ: نَعْلٌ لَهَا شِرَاكٌ، أَوْ شَاةٌ عَلَيْهَا صُوفٌ، أَوْ فِي ضَرْعِهَا لَبَنٌ، وَتَحَوَّ ذَلِكَ، وَفِي التَّلْخِيصِ: لَوْ أَقْرَأَ بِخَاتَمٍ ثُمَّ جَاءَ بِخَاتَمٍ فِيهِ فَصٌّ، وَقَالَ: مَا أَرَدْتُ الْفَصَّ، احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ أَظْهَرُهُمَا دُخُولُهُ لِسُمُولِ الْأَسْمِ، وَلَوْ قَالَ: لَهُ عِنْدِي جَارِيَةٌ، فَهَلْ يَدْخُلُ الْجَيْنُ فِي الْإِقْرَارِ إِذَا كَانَتْ حَامِلًا؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ.

* * *

القاعدة السادسة والعشرون:

مَنْ أَتْلَفَ شَيْئًا لِدَفْعِ أَذَاهُ لَهُ لَمْ يَضْمَنْهُ وَإِنْ أَتْلَفَهُ لِدَفْعِ أَذَاهُ بِهِ ضَمِنَهُ وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلٌ:

مِنْهَا: لَوْ صَالَ ^(١) عَلَيْهِ حَيَوَانٌ ^(٢) أَدَمِيٌّ أَوْ بَهِيمَةٌ فَدَفَعَهُ عَنْ نَفْسِهِ بِالْقَتْلِ، لَمْ يَضْمَنْهُ، وَلَوْ قَتَلَ حَيَوَانًا لِغَيْرِهِ فِي مَخْمَصَةٍ لِيُحْيِيَ بِهِ نَفْسَهُ، ضَمِنَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ صَالَ عَلَيْهِ صَيْدٌ فِي إِحْرَامِهِ فَقَتَلَهُ دَفْعًا عَنْ نَفْسِهِ، لَمْ يَضْمَنْهُ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ أَضْطُرَّ فَقَتَلَهُ فِي الْمَخْمَصَةِ لِيُحْيِيَ بِهِ نَفْسَهُ ضَمِنَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَقَ الْمُحْرَمُ رَأْسَهُ لِتَأْذِيهِ بِالْقَمَلِ وَالْوَسَخِ فَدَاهُ، لِأَنَّ الْأَذَى مِنْ غَيْرِ الشَّعْرِ، وَلَوْ خَرَجَتْ فِي عَيْنِهِ شَعْرَةٌ فَقَلَعَهَا أَوْ نَزَلَ الشَّعْرُ عَلَى عَيْنَيْهِ الْقَاهِظِ لَمْ يَفِدْهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَشْرَفَتِ السَّقِينَةُ عَلَى الْغَرَقِ فَأَلْقَى مَتَاعَ غَيْرِهِ لِيُخَفِّفَهَا ضَمِنَهُ، وَلَوْ سَقَطَ عَلَيْهِ مَتَاعُ غَيْرِهِ فَخَشِيَ أَنْ يَهْلِكَ فَدَفَعَهُ فَوْقَ فِي الْمَاءِ لَمْ يَضْمَنْهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَقَعَتْ بَيْضَةٌ نَعَامًا مِنْ شَجَرَةٍ فِي الْحَرَمِ عَلَى [عَيْنٍ] إِنْسَانٍ فَدَفَعَهَا فَانْكَسَرَتْ

(١) الصائل: القاصد الوثوب عليه، قال الجوهري: يقال: صال عليه وثب صولا وصولة والمصاولة الموائية وكذلك الصيال الفاتر. المطلع (١/ ١٧٥).

(٢) لو كان هذا الحيوان مأكول فضربه بسيف وقطع رأسه كان حلالاً لأن قصد الذبح لا يشترط، وإنما الشرط قصد الفعل وقد وجد. حواشي الشرواني (٣١٩/٩).

فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ احتَاجَ إِلَى أَكْلِهَا لِمَخْمَصَةٍ.
وَمِنْهَا: لَوْ قَلَعَ شَوْكَ الْحَرَمِ لِأَذَاهُ لَمْ يَضْمَنْهُ، وَلَوْ احتَاجَ إِلَى إِيْقَادِ غُصْنٍ شَجَرَةٍ ضَمِنَهُ
ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ، وَخَالَفَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ فِي جَوَازِ قَطْعِ الشَّوْكِ لِلنَّصِّ الْوَارِدِ فِيهِ.

* * *

القاعدة السابعة والعشرون:

مَنْ أَتْلَفَ نَفْسًا أَوْ أَفْسَدَ عِبَادَةً لِنَفْعٍ يَعُودُ إِلَى نَفْسِهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ النَّفْعُ يَعُودُ
إِلَى غَيْرِهِ فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ. فَمِنْ ذَلِكَ الْحَامِلُ وَالْمُرْضِعُ إِذَا أَفْطَرْتَا خَوْفًا عَلَى أَنْفُسِهِمَا فَلَا فِدْيَةَ
عَلَيْهِمَا، وَإِنْ أَفْطَرْتَا خَوْفًا عَلَى وَلَدَيْهِمَا فَعَلَيْهِمَا الْفِدْيَةُ فِي الْمَشْهُورِ عِنْدَ الْأَصْحَابِ.
وَمِنْهَا: لَوْ نَجَّى غَرِيقًا فِي رَمَضَانَ فَدَخَلَ الْمَاءُ فِي حَلْقِهِ وَقُلْنَا: يُفْطِرُ بِهِ فَعَلَيْهِ الْفِدْيَةُ، وَإِنْ
حَصَلَ لَهُ بِسَبَبِ إِنْقَاذِهِ ضَعْفٌ فِي نَفْسِهِ فَأَفْطَرَ فَلَا فِدْيَةَ عَلَيْهِ كَالْمَرِيضِ فِي قِيَاسِ الْمَسْأَلَةِ
الَّتِي قَبْلَهَا، وَفِي التَّلْخِصِ بَعْدَ أَنْ ذَكَرَ الْفِدْيَةَ عَلَى الْحَامِلِ وَالْمُرْضِعِ لِلْخَوْفِ عَلَى
جَنِينَيْهِمَا، وَهَلْ يَلْحَقُ بِذَلِكَ مَنْ رَزَمَ إِلَى الْإِفْطَارِ لِإِنْقَاذِ غَرِيقٍ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ.
وَمِنْهَا: لَوْ دَفَعَ صَائِلًا عَلَيْهِ بِالْقَتْلِ لَمْ يَضْمَنْهُ^(١)، وَلَوْ دَفَعَهُ عَنْ غَيْرِهِ بِالْقَتْلِ ضَمِنَهُ ذَكَرَهُ
الْقَاضِي، وَفِي الْفَتَاوَى الرَّجِيئَاتِ عَنْ أَبِي عَقِيلٍ وَأَبْنِ الزَّاعُونِي لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ أَيْضًا.
وَمِنْهَا: لَوْ أَكْرَهَ عَلَى الْحَلْفِ يَمِينٍ لِحَقِّ نَفْسِهِ فَحَلَفَ دَفْعًا لِلظُّلْمِ عَنْهُ لَمْ تَنْعَقِدْ يَمِينُهُ،
وَلَوْ أَكْرَهَ عَلَى الْحَلْفِ لِدَفْعِ الظُّلْمِ عَنْ غَيْرِهِ فَحَلَفَ انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي شَرْحِ
الْمَذْهَبِ، وَفِي الْفَتَاوَى الرَّجِيئَاتِ عَنْ أَبِي الْخَطَّابِ أَيْضًا لَا تَنْعَقِدُ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ.

* * *

القاعدة الثامنة والعشرون:

إِذَا حَصَلَ التَّلَفُ مِنْ فِعْلَيْنِ أَحَدُهُمَا مَأْذُونٌ فِيهِ وَالْآخَرُ غَيْرُ مَأْذُونٍ فِيهِ وَجَبَ الضَّمَانُ
كَامِلًا عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ فِعْلَيْنِ غَيْرِ مَأْذُونٍ فِيهِمَا فَالضَّمَانُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ حَتَّى لَوْ
كَانَ أَحَدُهُمَا مِنْ فِعْلٍ مَنْ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِ لَمْ يَجِبْ عَلَى الْآخَرِ أَكْثَرُ مِنَ النِّصْفِ
وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

(١) حتى ولو كرر ضرره حتى مات بسبب ذلك. حاشية الشرواني (١٢١/٢) ص ٣٦. وفي معنى المحتاج لا يضمن كذلك ما دام أن شر هذا الصائل لا يدفع إلا بالقتل. مغني المحتاج (١٤/٤).

مِنْهَا: إِذَا زَادَ الْإِمَامُ سَوَطًا فِي الْحَدِّ فَمَاتَ الْمَحْدُودُ^(١) فَحَكَى أَبُو بَكْرٍ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَيْنِ: أَحَدُهُمَا: يَجِبُ كَمَالُ الدِّيَةِ. وَالثَّانِي: يَجِبُ نِصْفُهَا، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَشْهُورُ، وَعَلَيْهِ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ لِأَنَّ الْمَادُونِ فِيهِ لَا أَثَرَ لَهُ فِي الضَّمَانِ، وَإِنَّمَا الْجَنَابَةُ مَا زَادَ عَلَيْهِ فَاسْتَدَّ بِالضَّمَانِ إِلَيْهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ اقْتَصَّ مِنَ الْجَانِي ثُمَّ جَرَحَهُ هُوَ أَوْ غَيْرُهُ عُدُونًا وَجَبَ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَجِبُ نِصْفُهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ رَمَى صَيْدًا فَأَلْبَتَهُ وَلَمْ يُوجِهِ ثُمَّ رَمَاهُ آخَرُ رَمِيَّةً غَيْرَ مُوجِبَةٍ وَمَاتَ مِنَ الْجُرْحَيْنِ وَجَبَ ضَمَانُ الصَّيْدِ كُلُّهُ مَجْرُوحًا بِالْجُرْحِ الْأَوَّلِ عَلَى الثَّانِي، عَلَى الْمَشْهُورِ مِنَ الْمَذْهَبِ، لَكِنْ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ يُعَلِّلُهُ بِأَن رَمَى الثَّانِي انْفَرَدَ بِالْعُدُونِ فَاسْتَقْلَّ بِالضَّمَانِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يُعَلِّلُهُ بِأَن رَمِيَهُ كَانَ سَبَبًا لِلتَّحْرِيمِ فَلِذَلِكَ وَجَبَ عَلَيْهِ كَمَالُ الضَّمَانِ وَيَتَخَرَّجُ عَلَى التَّعْلِيلِ الْأَوَّلِ وَجْهٌ آخَرُ بِأَن يَضْمَنَهُ نِصْفَ الْقِيَمَةِ مِمَّا قَبْلَهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِمَسَافَةٍ مَعْلُومَةٍ فزَادَ عَلَيْهَا أَوْ لِحَمَلِ مِقْدَارٍ مَعْلُومٍ فزَادَ عَلَيْهِ فَتَلَفَتْ الدَّابَّةُ^(٢) فَإِنَّهُ يَضْمَنُهَا بِكَمَالِ الْقِيَمَةِ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى وَخَرَجَ الْأَصْحَابُ وَجْهًا آخَرَ بِضَمَانِ النَّصْفِ مِنْ مَسْأَلَةِ الْحَدِّ، وَكَذَلِكَ حُكْمُ مَا إِذَا رَكِبَ الدَّابَّةَ مَعَ الْمُسْتَأْجِرِ غَيْرُهُ فَتَلَفَتْ تَحْتَهُمَا.

وَمِنْهَا: إِذَا اشْتَرَكَ مُحِلٌّ وَمُحْرَمٌ فِي جَرْحِ صَيْدٍ وَمَاتَ مِنَ الْجُرْحَيْنِ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُ الْمُحْرَمَ ضَمَانُهُ كَامِلًا هَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ، رَحِمَهُ اللَّهُ، فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَتَّصُورٍ، وَهَهُنَا، وَقَالَ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ: مُقْتَضَى الْفَقْهِ عِنْدِي أَنَّهُ يَلْزَمُهُ نِصْفُ الْجَزَاءِ وَقَاسَهُ عَلَى مُشَارَكَةِ مَنْ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي إِتْلَافِ النَّفْسِ وَالْأَمْوَالِ، وَالْفَرْقُ وَاضِحٌ إِذْ الْإِذْنُ هُنَاكَ مُتَّفَقٌ وَهَاهُنَا مُوجُودٌ، نَعَمْ إِنْ قَصَدَ الْمُحِلُّ إِعَانَةَ الْمُحْرَمِ وَمُسَاعَدَتَهُ عَلَى قَتْلِ الصَّيْدِ تَوَجَّهَ مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي، فَإِنَّهُ يُكْرَهُ لَهُ ذَلِكَ أَوْ يُحْرَمُ عَلَيْهِ كَمَا إِذَا بَاعَ مَنْ لَا جُمُوعَةَ عَلَيْهِ لِمَنْ عَلَيْهِ الْجُمُوعَةُ بَعْدَ النَّدَاءِ.

[وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَرَكَ فِي جَرْحِ آدَمِيٍّ مُقْتَصٌّ وَغَيْرُهُ فَهَلْ يَجِبُ عَلَى شَرِيكِ الْمُقْتَصِّ كَمَالُ الدِّيَةِ وَنِصْفُهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ].

(١) عند الشافعية تجب نصف الدية وإلا ظهر جزء من أحد وثمانين جزءاً من الدية. مغنى المحتاج (٤/ ٢٠٠)، الوسيط (٤/ ١٩١).

(٢) فى الوسيط يضمها كلها لأنه غاصب، ولو كان تلفها راجع إلى آفة أخرى فلا ضمان عليه، وإنما عليه أجره المثل للزيادة. الوسيط (٤/ ١٩١)، الأشباه والنظائر (١/ ١٦٢)، المشور (١/ ١٣٥).

وَمِنْهَا: لَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ دَفَعَهَا هُوَ وَأَجْنَبِيٌّ فَأَذْهَبَ عَذْرَتَهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ^(١)، فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ مِثْلَ: عَلَى أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ نِصْفُ الْغَرَمِ، وَهُوَ أَرَشُ الْبَكَارَةِ، وَعَلَى الزَّوْجِ نِصْفُ الْمَهْرِ فَقَطُّ مِنْ غَيْرِ أَرَشٍ. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ إِذْهَابَ الْبَكَارَةِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ غَيْرُ مَأْذُونٍ فِيهِ فَيَسْقُطُ الضَّمَانُ بِهِ، وَلَزِمَ الْأَجْنَبِيُّ نِصْفُ الْأَرَشِ، وَأَمَّا الزَّوْجُ فَأَرَشُ الْبَكَارَةِ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا الْمَضْمُونُ عَلَيْهِ الْمَهْرُ وَلَمْ يَوْجَدْ مَا يُقَرِّرُهُ، وَخَرَجَ صَاحِبُ الْمُعْنِيِّ وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ يَتَقَرَّرُ الْمَهْرُ كُلُّهُ عَلَى الزَّوْجِ بِهَذَا الْفِعْلِ مَعَ انْفِرَادِهِ بِهِ، لِأَنَّ الْأَجْنَبِيَّ لَوْ اسْتَقْلَلَ بِهَذَا الْفِعْلِ لِلزَّمَةِ مَهْرُ الْمِثْلِ كُلُّهُ عَلَى رِوَايَةٍ مَنْصُوصَةٍ نَقَلَهَا مُهْتًا أَيْضًا، فَإِذَا كَانَ مُوجِبًا لِلْمَهْرِ ابْتِدَاءً فَلَا يُقَرَّرُهُ أَوْلَى وَلَكِنْ فِي صُورَةِ الْاِشْتِرَاكِ فِي الْفِعْلِ غَيْرِ الْمَأْذُونِ فِيهِ إِنَّمَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ نِصْفُ الضَّمَانِ نَعَمْ يَتَخَرَّجُ مِنْ هَذِهِ الرِّوَايَةِ رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّ الْأَجْنَبِيَّ هُنَا عَلَيْهِ نِصْفُ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ أَنَّ الزَّوْجَ هُنَا يَجِبُ عَلَيْهِ نِصْفُ أَرَشِ الْبَكَارَةِ مَعَ نِصْفِ الْمَهْرِ، لِأَنَّ الزَّوْجَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ إِتْلَافَ الْبَكَارَةِ تَبَعًا لِاسْتِيفَاءِ حَقِّهِ مِنَ الْوَطْءِ فَإِذَا أَتْلَفَهُ عَلَى غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ ضَمِنَهُ كَالْمُسْتَعِيرِ إِذَا أَتْلَفَ حَمَلَ الْمِنْشَقَةِ مِثْلًا بِغَيْرِ اسْتِعْمَالٍ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ أَيْضًا فَلَوْ وَجِبَ لِرَجُلٍ قِصَاصٌ عَلَى آخَرَ فِي نَفْسِهِ فَقَطَعَ بَعْضَ أَعْضَائِهِ عُدُونًا ضَمِنَهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَحِقْ إِتْلَافَ بَعْضِ أَعْضَائِهِ إِلَّا تَبَعًا لِإِتْلَافِ جُمْلَتِهِ لَا اسْتِقْلَالًا.

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ: أَنَّ الْأَرَشَ كُلَّهُ أَوْ مَهْرَ الْمِثْلِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ لِأَنَّ الزَّوْجَ مَأْذُونٌ لَهُ فِي إِتْلَافِ هَذَا الْجُزْءِ فِي الْجُمْلَةِ فَيَكُونُ الْأَجْنَبِيُّ مُنْفَرِدًا بِالْجَنَابَةِ عَلَيْهِ فَيَسْتَكْمِلُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ، [وَلَوْ رَمَى ثَلَاثَةً بِالْمَنْجَنِيْقِ فَرَجَعَ الْحَجَرُ عَلَى أَحَدِهِمْ فَقَتَلَهُ فَهَلْ تَجِبُ عَلَى الْآخَرَيْنِ ثُلَاثُ دِيْنِهِ أَوْ كَمَالُهَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ].

* * *

القاعدة التاسعة والعشرون:

مَنْ سُوِّمَ فِي مِقْدَارٍ يَسِيرٍ فَرَّادَ عَلَيْهِ فَهَلْ تَتَّبَعِي الْمُسَامَحَةَ فِي الزِّيَادَةِ وَحَدَهَا أَوْ فِي الْجَمِيعِ فِيهِ وَجْهَانِ وَلِلْمَسْأَلَةِ صُورٌ:

مِنْهَا: الْوَكِيلُ فِي الْبَيْعِ مَعَ الْإِطْلَاقِ يَمْلِكُ الْبَيْعَ بِثَمَنِ الْمِثْلِ وَيُدْرِيهِ بِمَا يَتَغَابَنُ بِمِثْلِهِ عَادَةً

(١) كان عليه نصف المهر، ولو كانت امرأة الغير وذهبت عذرتها ثم تزوجها ودخل بها وجب لها مهران أى: مهر بالدخول بحكم النكاح ومهر بإزالة العذرة بالدفع كما فى الجنائيات. حاشية ابن عابدين (١٠٣/٣).

فَإِذَا بَاعَ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ^(١) بِمِثْلِهِ عَادَةً^(٢) فَهَلْ يَضْمَنُ بَقِيَّةَ ثَمَنِ الْمِثْلِ كُلِّهِ أَوْ الْقَدْرَ الزَّائِدَ عَمَّا يَتَغَابَنُ بِهِ عَادَةً؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَرَجَّحَ ابْنُ عَقِيلٍ ضَمَانَ بَقِيَّةِ ثَمَنِ الْمِثْلِ كُلِّهِ وَاسْتَشْهَدَ لَهُ بِالنَّجَاسَةِ الْكَثِيرَةِ فِي الثُّوبِ يَجِبُ غَسْلُهَا وَلَا يُفَرِّدُ هَاهُنَا مَا يُعْفَى عَنْهُ بِانْفِرَادِهِ، وَكَذَلِكَ الْعَمَلُ الْكَثِيرُ فِي الصَّلَاةِ فَإِنَّهُ لَوْ أَفْرَدَ مِنْهُ الْقَدْرَ الْمَعْفُو عَنْهُ بِانْفِرَادِهِ فَقَدْ يَصِيرُ الْبَاقِي يَسِيرًا فَيَلْزَمُ الْعَفْوُ عَنِ الْكُلِّ، وَكَذَلِكَ حُكْمُ ضَرْبِ الصَّبِيِّ مُعَلَّمُهُ أَوْ الْمَرْأَةِ زَوْجُهَا ضَرْبًا مَبْرَحًا وَمَاتَا ضَمِنَ الدِّيَّةَ كُلَّهَا، وَلَوْ عُفِيَ عَنِ الْقَدْرِ الْمُبَاحِ بِانْفِرَادِهِ لَمْ يَجِبْ كَمَالُ الدِّيَّةِ، وَهَذِهِ الصُّورَةُ الْأَخِيرَةُ تُرَدُّ إِلَى الْقَاعِدَةِ الَّتِي قَبْلَ هَذِهِ حَيْثُ كَانَ التَّلَفُ تَوَلَّدَ مِنْ ضَرْبٍ مَادُونٍ فِيهِ، وَغَيْرَ مَادُونٍ، فَأَوْجِبَ كَمَالُ الضَّمَانِ كَمَا لَوْ زَادَ عَلَى الْحَدِّ سَوَاطٍ فَلَا دَلَالَهَ لَهُ فِيهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ أَكَلَ الْمُضْضَحِيُّ جَمِيعَ أَضْحِيَّتِهِ^(٣)، فَهَلْ يَلْزَمُ ضَمَانُ ثُلُثِهَا أَوْ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْاسْمُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَلَوْ تَصَدَّقَ أَوَّلًا بِمَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْاسْمُ أَجْزَأُهُ لَأَنَّ الصَّدَقَةَ بِالثُّلُثِ كُلِّهِ مُسْتَحَبٌّ لَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَى الْمَشْهُورِ فِي الْمَذْهَبِ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَعَدَّى الْخَارِجُ مِنَ السَّبِيلِ مَوْضِعَ الْعَادَةِ، فَهَلْ يَجِبُ غَسْلُ الْجَمِيعِ أَوْ الْقَدْرُ الْمُجَاوِزَ الْعَادَةَ وَيَجْزِي الْحَجَرُ فِي مَوْضِعِ الْعَادَةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ. أَشْهَرُهُمَا: أَنَّ الْوَاجِبَ غَسْلُ الْمُتَعَدَّى خَاصَّةً، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَاللَّمْشِ نَسَبَهُ إِلَى نَصِّ أَحْمَدَ، لِأَنَّ هَذَا لَا يُنْسَبُ فِيهِ إِلَى تَفْرِيطٍ وَتَعَدٍّ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ وَالْمُضْضَحِيِّ. وَالثَّانِي: يَلْزَمُهُ غَسْلُ الْجَمِيعِ، وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي أَبُو يَعْلَى الصَّغِيرُ، وَلَمْ يَحْكُ فِيهِ خِلَافًا.

وَمِنْهَا: لَوْ أَدَّى زَكَاتَهُ إِلَى وَاحِدٍ وَقُلْنَا: يَجِبُ الْأَدَاءُ إِلَى ثَلَاثَةٍ فَهَلْ يَضْمَنُ الثَّلَاثِينَ وَمَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْاسْمُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

* * *

القاعدة الثلاثون:

إِذَا خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ مَالٌ عَلَى وَجْهِ الْعِبَادَةِ ثُمَّ طَرَأَ مَا يَمْنَعُ إِجْرَاءَهُ وَالْوُجُوبَ فَهَلْ يَعُودُ

(١) الْعَبْنُ: ضَعْفُ الرَّأْسِ يُقَالُ فِي رَأْيِهِ غَبْنٌ وَغَبْنٌ رَأْيُهُ بِالْكَسْرِ إِذَا نَقَضَهُ، فَهُوَ غَبْنٌ أَيْ: ضَعِيفُ الرَّأْيِ، وَغَبْتُ فِي الْبَيْعِ غَبْنًا إِذَا غَفَلْتُ عَنْهُ بَيْعًا كَانَ أَوْ شَرَاءً. لِسَانُ الْعَرَبِ (١٣/٣١٩ - ٣١٣).

(٢) عِنْدَ الشَّافِعِيَةِ يَضْمَنُ ثَمَنُ الْمِثْلِ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْهَى عَنِ الْإِضْرَارِ بِالْمَوْكَلِ بِأُمُورٍ بِالنَّصِّحِ لَهُ وَفِي النِّقْصَانِ عَنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ إِضْرَارٌ بِالْمَوْكَلِ، وَلِأَنَّ الْعَرَفَ فِي الْبَيْعِ ثَمَنُ الْمِثْلِ مَحْمَلُ إِطْلَاقِ الْإِذْنِ عَلَيْهِ. الْمَذْهَبُ (١/٣٥٤).

(٣) إِذَا كَانَتْ مَنْذُورَةٌ وَوَجِبَ عَلَيْهِ نَظِيرُهَا بِجَمِيعِهَا حَتَّى قَرَنَهَا وَخَلَفَهَا، فَلَوْ أَكَلَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ غَرَمَ بِدَلِهِ لِلْفُقَرَاءِ. إِعَانَةُ الطَّالِبِينَ (٢/٣٣٣).

إِلَى مِلْكِهِ أَمْ لَا؟ فِيهِ خِلَافٌ.

فَمِنْ ذَلِكَ: إِذَا أَوْجِبَ هَدِيًّا أَوْ أَضْحِيَّةً عَنْ وَاجِبٍ فِي ذِمَّتِهِ ثُمَّ تَعَيَّتْ فَإِنَّهَا لَا تُجْزِيهِ وَهَلْ يَعُودُ الْمَعِيبُ إِلَى مِلْكِهِ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا عَجَّلَ الزَّكَاةَ فَدَفَعَهَا إِلَى الْفَقِيرِ ثُمَّ هَلَكَ الْمَالُ فَهَلْ يَرْجِعُ بِهَا أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ (١).

وَمِنْهَا: لَوْ عَجَّلَ عَنْ ثَلَاثِينَ مِنَ الْبَقَرِ تَبِعًا ثُمَّ نَجَتْ عَشْرَةٌ قَبْلَ الْحَوْلِ وَقُلْنَا: لَا يُجْزِيُ التَّبِيعُ عَنْ شَيْءٍ مِنْهَا فَهَلْ يَرْجِعُ بِهِ؟ يُخْرَجُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ.

* * *

الْقَاعِدَةُ الْحَادِيَةُ وَالثَّلَاثُونَ:

مَنْ شَرَعَ فِي عِبَادَةٍ تَلْزَمُ بِالشَّرْعِ ثُمَّ فَسَدَتْ فَعَلَيْهِ قَضَاؤُهَا عَلَى صِفَةِ الَّتِي أَفْسَدَهَا سِوَاءَ كَانَتْ وَاجِبَةً فِي الذِّمَّةِ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ أَوْ دُونَهَا وَيَخْرُجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: إِذَا صَلَّى الْمَسَافِرُ خَلْفَ مُقِيمٍ وَفَسَدَتْ صَلَاتُهُ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ قَضَاؤُهَا تَامَةً (٢).

وَمِنْهَا: إِذَا أَحْرَمَ مِنْ بَلَدِهِ ثُمَّ أَفْسَدَ نُسْكَهُ بِجَمَاعٍ وَجِبَ قَضَاؤُهُ وَالْإِحْرَامُ مِنْ مَوْضِعٍ إِحْرَامِهِ أَوَّلًا نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَحْصَرَ فِي نُسْكَهِ ذَلِكَ، ثُمَّ قَضَاهُ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الْإِحْرَامُ إِلَّا مِنَ الْمِيقَاتِ نَصٌّ عَلَيْهِ أَيْضًا لِأَنَّ الْمُحْضَرَ فِيهِ لَمْ يَلْزَمْهُ إِتِمَامُهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا عَيَّنَ عَمَّا فِي ذِمَّتِهِ مِنَ الْهَدْيِ وَالْأَضْحِيَّةِ مَا هُوَ أَزِيدُ صِفَةً مِنَ الْوَاجِبِ ثُمَّ تَلَفَ، فَإِنْ كَانَ تَلَفُهُ بِتَفْرِيطِهِ فَعَلَيْهِ إِبْدَالُهُ بِمِثْلِهِ وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ فَفِيهِ وَجْهَانِ. حَكَاهُمَا الْقَاضِي فِي شَرْحِ الْمَذْهَبِ، وَجَزَمَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ بِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِمَّا كَانَ فِي ذِمَّتِهِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ وَجِبَتْ بِتَعَيُّنِهِ وَقَدْ تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ فَسَقَطَتْ كَمَا لَوْ عَيَّنَ هَدِيًّا تَطَوُّعًا ثُمَّ تَلَفَ.

وَمِنْهَا: لَوْ نَذَرَ اعْتِكَافًا فِي شَهْرِ رَمَضَانَ ثُمَّ أَفْسَدَهُ فَهَلْ يَلْزَمُهُ قَضَاؤُهُ فِي مِثْلِ تِلْكَ الْأَيَّامِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ. وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ لُزُومُهُ، وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ أَبِي مُوسَى، لِأَنَّ فِي الْعَيْتِكَافِ فِي

(١) وفيه الوجهان عند الشافعية أيضاً، أحدهما: يرجع لأنه زال شرط الوجوب قبل الحول، فثبت له الرجوع كما هو هلك بغير فعله، والثاني: لا يرجع لأنه مفرط وربما ليسترجع ما دفعه فلم يجز له أن يرجع. المهذب (١/١٦٧). وعند المالكية له أخذها إذا كانت قائمة بعينها. مواهب الجليل (٢/٣٦٣).

(٢) وعند الشافعية كذلك لأنه وجب عليه عدد صلاة مقيم في الصلاة التي دخل معه فيها. الأم (١/١٨١). أما المالكية: فحكوا في ذلك أربعة أقوال هي البطلان والإتمام معه والسلام من ركعتين وانتظاره بعد ركعتين حتى يسلم. القوانين الفقهية (١/٥٨).

هَذَا الزَّمَنَ فَضِيلَةً لَا تُوجَدُ فِي غَيْرِهِ فَلَا يُجْزَى الْقَضَاءُ فِي غَيْرِهِ كَمَا لَوْ نَذَرَ الِاعْتِكَافَ فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ ثُمَّ أَفْسَدَهُ، فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ الْقَضَاءُ فِيهِ وَلَآنَ نَذَرَ اعْتِكَافِهِ يَشْتَمِلُ عَلَى نَذَرِ اعْتِكَافِ لَيْلَةِ الْقَدْرِ فَتَعَيَّنَ لِأَنَّ غَيْرَهَا لَا يُسَاوِيهَا وَعَلَى هَذَا فَتَقُولُ: لَوْ نَذَرَ اعْتِكَافَ عَشْرَةِ أَيَّامٍ فَشَرَعَ فِي اعْتِكَافِهَا فِي أَوَّلِ الْعَشْرِ الْأَوَّخِرِ ثُمَّ أَفْسَدَهُ لَزِمَهُ قَضَاؤُهُ فِي الْعَشْرِ مِنْ قَابِلٍ، لِأَنَّ اعْتِكَافَ الْعَشْرِ لَزِمَهُ بِالشَّرْوعِ عَنْ نَذَرِهِ، فَإِذَا أَفْسَدَهُ لَزِمَهُ قَضَاؤُهُ عَلَى صِفَةِ مَا أَفْسَدَهُ.

* * *

القاعدة الثانية والثلاثون:

يَصِحُّ عِنْدَنَا اسْتِثْنَاءُ مَنْفَعَةِ الْعَيْنِ الْمُتَّقِلِ مِلْكُهَا مِنْ نَاقِلِهَا مُدَّةً مَعْلُومَةً، وَيَخْرُجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الْمَسِيحُ إِذَا اسْتَشْنَى الْبَائِعُ مَنْفَعَتَهُ مُدَّةً مَعْلُومَةً صَحَّ، وَحُكِيَ فِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى بِعَدَمِ الصَّحَّةِ.

وَمِنْهَا: الْوَقْفُ، يَصِحُّ أَنْ يَقِفَ وَيَسْتَشْنَى مَنْفَعَتَهُ مُدَّةً مَعْلُومَةً أَوْ مُدَّةً حَيَاتِيَّةً، لِأَنَّ جِهَالَ الْمُدَّةِ هُنَا لَا تُؤَثِّرُ فَإِنَّهَا لَا تَزِيدُ عَلَى جِهَالَةِ مُدَّةِ كُلِّ بَطْنٍ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ.

وَمِنْهَا: الْعَتَقُ، وَيَصِحُّ أَنْ يُعْتِقَ عَبْدَهُ وَيَسْتَشْنَى نَفْعَهُ مُدَّةً مَعْلُومَةً، نَصَّ عَلَيْهِ لِحَدِيثِ سَفِينَةَ، وَكَذَا لَوْ اسْتَشْنَى خِدْمَتَهُ مُدَّةً حَيَاتِيَّةً، وَعَلَى هَذَا يَخْرُجُ أَنْ يُعْتِقَ أَمَتَهُ وَيَجْعَلَ عَتَقَهَا صَدَاقَهَا، لِأَنَّهُ اسْتَشْنَى الِاتِّفَاعَ بِالْبُضْعِ وَيَمْلِكُهُ بِعَقْدِ النِّكَاحِ وَجَعَلَ الْعَتَقَ عَوْضًا عَنْهُ فَانْعَقَدَ فِي أَنْ وَاحِدٍ. وَمِنْهَا: إِذَا كَاتَبَ أَمَتَهُ وَاسْتَشْنَى مَنْفَعَةَ الْوَطْءِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ عَلَى الْمَذْهَبِ الْمَنْصُوصِ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا نَقَلَ بِالْكِتَابَةِ عَنْ مِلْكِهِ مَنْفَعَتَهَا دُونَ رَقَبَتِهَا.

وَمِنْهَا: الْوَصِيَّةُ فَيَصِحُّ أَنْ يُوصِيَ بِرَقَبَةِ عَيْنٍ لِشَخْصٍ وَيَنْفَعَهَا لِأَخْرَ مُطْلَقًا أَوْ مُدَّةً مَعْلُومَةً أَوْ نَفْعَهَا لِلْوَرَثَةِ.

وَمِنْهَا: الْهَبَةُ يَصِحُّ أَنْ يَهَبُ شَيْئًا وَيَسْتَشْنَى نَفْعَهُ مُدَّةً مَعْلُومَةً^(١)، وَبِذَلِكَ أَجَابَ الشَّيْخُ مُوَفَّقُ الدِّينِ، رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَمِنْهَا: عَوْضُ الصَّدَاقِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَلَى مَالٍ، وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ صِحَّةُ اسْتِثْنَاءِ الْمَنْفَعَةِ فِيهَا.

* * *

(١) ومثل ذلك في الإنصاف للمرداوي (١١٩/٧).

القاعدة الثالثة والثلاثون:

الاستثناء الحكمي هل هو كالأستثناء اللفظي أم تغفر فيه الجهالة بخلاف اللفظي فيه وجهان، والصحيح عند صاحب المغني الصحة، وهو قياس المذهب، خلافا للقاضي، ويخرج على ذلك مسائل:

منها: لو باعه أمة حاملا بحر وقلنا: يصح استثناء الحمل لفظا فهل يصح أم لا؟ على وجهين.

ومنها: لو باعه عقارا تستحق فيه السكنى الزوجة المعتدة من الوفاة بالحمل فهل يصح؟ قال في المغني: لا، لأن مدة الحمل مجهولة بخلاف مدة الأشهر، وقال الشيخ مجتهد الدين في مسودته على الهداية: قياس المذهب صحة البيع، وأطلق.

ومنها: بيع الدار المؤجرة تصح سواء علم المشتري بالإجارة أو لم يعلم، نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد. وقال في رواية الميموني: ليس له أن يبيعها حتى يبين، فقد يكون مأخذه اشتراط العلم بالمستثنى من المنافع في العقد، وقيل: لأن البيع المطلق اليتيم المنافع وهي الآن ملك لغيره فيشبه تفريق الصقعة، ولكن أحمد إنما أوجب بيان ذلك لأن تركه تدليس وتغريب، ولم يتعرض للصحة والبطالان، وسواء علم بمقدار مدة الإجارة أو لم يعلم، هذا قياس المذهب، وقد ذكروا أنه لو اشترى صبرة من طعام فبان تحتها دكة فإن علم بذلك فلا خيار له، وإلا فله الخيار، وعلمه بها يقضي إلى دخوله على جهالة مقدار الصبرة، ولو استثنى بلفظه ذلك لم يصح.

ومنها: لو اشترى أمة مزرعة صح، سواء علم بذلك أو لم يعلم وتقع منافع البضع مستثناة في هذا العقد حكما، ولو استثناه في العقد لفظا لم يصح.

ومنها: لو اشترى شجرا وعليه ثمر، أو أرضا فيها زرع، أو دارا فيها طعام كثير صح، ووقع بقاء الثمر والزرع والطعام مستثنى إلى أوان تفريغه على ما جرت به العادة وذلك مجهول، ولو استثنى بلفظه في مثل هذه المدة لم يصح.

ومنها: لو اشترى أمة وعبدًا محرما صح ووقع مدة إحرامه مستثنى من البيع، وسواء علم بذلك أو لم يعلم، نص عليه أحمد، مع أن مدة الإحرام لا تنضبط لاسيما بالعمرة قد يقع الإبطاء في السير لعائق أو غيره، لكن قد يقال: إن المسافة معلومة وأفعال النسك معلومة فصار كاستثناء ظهر الدابة إلى بلد معين.

القاعدةُ الرَّابِعَةُ وَالثَّلَاثُونَ:

اسْتِحْقَاقُ مَنَافِعِ الْعَبْدِ بِعَقْدٍ لَازِمٍ يَمْنَعُ مِنْ سَرِبَانِ الْعِتْقِ إِلَيْهَا كَالِاسْتِثْنَاءِ فِي الْعَقْدِ وَأَوَّلَى، لِأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ الْحُكْمِيَّ أَقْوَى، وَلِهَذَا يَصَحُّ بَيْعُ الْعَيْنِ الْمُؤَجَّرَةِ وَالْأَمَةِ الْمُزَوَّجَةِ عِنْدَ مَنْ لَا يَرَى اسْتِثْنَاءَ الْمَنَافِعِ فِي الْعَقْدِ خِلَافًا لِلشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ فِي قَوْلِهِ: يَسْرِي الْعِتْقُ إِلَيْهَا إِنْ لَمْ يَسْتَنْ، وَيَتَفَرَّغُ عَلَى هَذَا مَسَائِلُ:

مِنْهَا: إِذَا عَتَقْتَ الْأَمَةَ الْمُزَوَّجَةَ لَمْ تَمْلِكْ مَنَفَعَةَ الْبُضْعِ الَّتِي هِيَ مَوْرِدُ النِّكَاحِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لَهَا الْخِيَارُ تَحْتَ الْعَبْدِ لِأَنَّهَا كَمَلَتْ تَحْتَ نَاقِصٍ فَزَالَتْ كِفَاةً بِذَلِكَ، أَوْ تَعَبْدًا غَيْرَ مَعْقُولٍ الْمَعْنَى، وَمَنْ قَالَ بِسِرَايَةِ الْعِتْقِ، قَالَ: قَدْ مَلَكْتَ بُضْعَهَا فَلَمْ يَبْقَ لِأَحَدٍ عَلَيْهَا مِلْكٌ فَصَارَ الْخِيَارُ لَهَا فِي الْمَقَامِ مَعَ الزَّوْجِ أَوْ مُفَارَقَتِهِ سَوَاءً كَانَ حُرًّا أَوْ عَبْدًا، وَعَلَى هَذَا لَوْ اسْتَنْتَى مَنَفَعَةَ بُضْعِهَا لِلزَّوْجِ صَحَّ، وَلَمْ تَمْلِكِ الْخِيَارَ سَوَاءً كَانَ زَوْجُهَا حُرًّا أَوْ عَبْدًا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ، وَقَالَ: وَهُوَ مُقْتَضَى الْمَذْهَبِ، وَيُرَدُّ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ بِمِلْكِهَا بُضْعُهَا أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ مِنْهُ انْفِسَاخُ نِكَاحِهَا حَيْثُ لَمْ يَبْقَ لِلزَّوْجِ مِلْكٌ عَلَيْهَا، وَلَا قَائِلٌ بِذَلِكَ، عَلَى أَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يُقَالَ: عَتَقَ بَعْضُهَا لَا يَلْزَمُ مِنْهُ ثُبُوتُ الْخِيَارِ لَهَا عَلَى الْحُرِّ، لِأَنَّ حُرِّيَّةَ الْبُضْعِ لَا تُنَافِي اسْتِحْقَاقَ مَنَفَعَتِهِ بِعَقْدِ النِّكَاحِ ابْتِدَاءً فَالْحُرِّيَّةُ الطَّارِئَةُ بِهِ أَوَّلَى.

وَمِنْهَا: لَوْ أَجَرَ عَبْدَهُ مُدَّةً ثُمَّ أَعْتَقَهُ فِي أَثْنَائِهَا لَمْ تَنْفَسَخِ الْإِجَارَةُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَعِنْدَ الشَّيْخِ تَنْفَسَخُ إِلَّا أَنْ يَسْتَشْنِيَهَا فِي الْعِتْقِ، وَخَرَجَ صَاحِبُ الْمُقْنِعِ ذَلِكَ وَجْهًا لَنَا لَا بِنَاءَ عَلَى السَّرَايَةِ، بَلْ عَلَى زَوَالِ وَلَايَةِ السَّيِّدِ عَنْ عَبْدِهِ بِعِتْقِهِ، فَيَكُونُ كَمَا لَوْ أَجَرَ الْوَلِيُّ الصَّبِيَّ مُدَّةً ثُمَّ بَلَغَ فِي أَثْنَائِهَا، فَإِنَّهُ يَنْفَسَخُ فِي وَجْهِ، وَهَذَا ضَعِيفٌ فَإِنَّ الْوَلِيَّ تَنْقَطِعُ وَلَايَتُهُ بِالْكُلِّيَّةِ عَنْ الصَّبِيِّ بِبُلُوغِهِ رَشِيدًا، بِخِلَافِ السَّيِّدِ فَإِنَّ اسْتِثْنَاءَ مَنَافِعِهِ بِالشَّرْطِ، وَالِاسْتِثْنَاءَ الْحُكْمِيَّ أَقْوَى كَمَا تَقَدَّمَ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَعْتَقَ الْوَرِثَةُ الْعَبْدَ الْمُوصَى بِمَنَافِعِهِ صَحَّ، وَلَمْ يَسْرِ إِلَى الْمَنَافِعِ.

* * *

القاعدةُ الْخَامِسَةُ وَالثَّلَاثُونَ:

مَنْ مَلَكَ مَنَفَعَةَ عَيْنٍ بِعَقْدٍ ثُمَّ مَلَكَ الْعَيْنَ بِسَبَبٍ آخَرَ هَلْ يَنْفَسَخُ الْعَقْدُ الْأَوَّلُ أَمْ لَا؟ هَاهُنَا صَوْرَتَانِ:

إحداهما: أَنْ يَكُونَ الْعَقْدُ الَّذِي مَلَكَ بِهِ الْمَنْفَعَةُ^(١) عَقْدًا مُؤَبَّدًا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَقْدٌ مُعَاوَضَةً فَلَا مَعْنَى لَانْفِسَاخِهِ كَالْمَوْصَى لَهُ بِمَنَافِعِ الْأَمَةِ إِذَا اشْتَرَاهَا فَإِنَّهُ يَجْتَمِعُ لَهُ مِلْكُهَا بِالْعَقْدَيْنِ وَلَا ضَرَرَ فِي ذَلِكَ، فَهُوَ كَمَا لَوْ كَانَ مِلْكُهُ لِلْمَنْفَعَةِ بِغَيْرِ عَقْدٍ كَمِلْكِ الْوَرِثَةِ لِمَنَافِعِ الْعَيْنِ الْمَوْصَى بِرَقَبَتِهَا إِذَا اشْتَرَوْهَا مِنَ الْمَوْصَى لَهُ، وَإِنْ كَانَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةً وَهُوَ النِّكَاحُ انْفَسَخَ بِمِلْكِ الرِّقَبَةِ، لِأَنَّهُ مِلْكٌ ضَعِيفٌ وَمُخْتَلَفٌ فِي مَوْرِدِهِ هَلْ هُوَ الْمَنْفَعَةُ أَوْ الْإِنْتِفَاعُ؟ وَيَخْتَصُّ بِمَنْفَعَةِ الْبُضْعِ وَيَمْلِكُ بِهِ الْإِسْتِمْتَاعُ بِنَفْسِهِ دُونَ الْمُعَاوَضَةِ عَلَيْهِ فَلَا يَجْتَمِعُ مَعَ الْمِلْكِ الْقَوِيِّ، وَهُوَ مِلْكُ الرِّقَبَةِ، بَلْ يَنْدَفِعُ بِهِ وَلَا يَقُولُ: إِنَّهُ يَدْخُلُ مِلْكُهُ فِي مِلْكِ الرِّقَبَةِ، لِأَنَّ مَالِكَ الرِّقَبَةِ لَمْ يَكُنْ مَالِكًا لَهُ فَكَيْفَ يَتَضَمَّنُ عَقْدُهُ عَلَى الرِّقَبَةِ بِمِلْكِهِ، بَلْ يَقُولُ قَدْ اجْتَمَعَ لَهُ مِلْكُ الرِّقَبَةِ بِجَمِيعِ مَنَافِعِهَا بِجِهَةٍ وَمِلْكُ الْبُضْعِ [مِلْكًا] بِجِهَةٍ أُخْرَى ضَعِيفَةٍ، فَبَطَلَتْ خُصُوصِيَّاتُ الْجِهَةِ الضَّعِيفَةِ كُلُّهَا لِمَصِيرِهِ مَالِكًا لِلْجَمِيعِ مِلْكًا تَامًا وَهَذَا صَحِيحٌ، فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ بَعْدَ هَذَا الْمِلْكِ أَنْ يُقَالَ: إِنَّهُ يَمْلِكُ الْإِنْتِفَاعَ بِالْبُضْعِ دُونَ مَنْفَعَتِهِ، وَلَا أَنَّهُ يَمْلِكُ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ بِنَفْسِهِ دُونَ الْمُعَاوَضَةِ عَلَيْهِ، فَتَعَيَّنَ الْإِعَاءُ خُصُوصِيَّاتِ عَقْدِ النِّكَاحِ كُلِّهَا.

وَالصُّورَةُ الثَّانِيَّةُ: أَنْ يَكُونَ الْعَقْدُ الْمَمْلُوكُ بِهِ الْمَنْفَعَةُ غَيْرَ مُؤَبَّدٍ كَالِإِجَارَةِ، فَإِذَا مَلَكَ [الْعَيْنُ] بَعْدَ ذَلِكَ فَهَلْ يَنْفَسَخُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ: وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ صَوْرَتَانِ مِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى الْمُسْتَأْجِرُ الْعَيْنَ الْمُسْتَأْجَرَةَ مِنْ مُؤَجَّرِهَا فِيهِ انْفِسَاخُ الْإِجَارَةِ، وَجْهَانِ حَكَاهُمَا الْأَصْحَابُ وَرَبَّمَا حَكِي رَوَايَتَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَنْفَسَخُ لِأَنَّهُ مَلَكَ الرِّقَبَةَ فَبَطَلَ مِلْكُ الْمَنْفَعَةِ كَمَا لَوْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ.

وَالثَّانِي: لَا يَنْفَسَخُ وَهُوَ الصَّحِيحُ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ وَالْأَكْثَرِينَ، لِأَنَّ الْمَنَافِعَ مِلْكُهَا أَوَّلًا بِجِهَةِ الْإِجَارَةِ وَخَرَجَتْ عَنْ مِلْكِ الْمُؤَجَّرِ، وَالْبَيْعُ بَعْدَ ذَلِكَ يَقَعُ عَلَى مَا يَمْلِكُهُ الْبَائِعُ، وَهُوَ الْعَيْنُ الْمَسْلُوبَةُ النَّقْعَ فَصَارَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى الْعَيْنَ الْمَوْصَى بِمَنَافِعِهَا مِنَ الْوَرِثَةِ وَاسْتَأْجَرَ الْمَنَافِعَ مِنْ مَالِكِهَا فِي عَقْدٍ أَوْ عَقْدَيْنِ، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَنْفَسَخُ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَلَا مَنَافَاةً بَيْنَ ثُبُوتِ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ بِخِلَافِ النِّكَاحِ، وَأَيْضًا فَالْمِلْكُ هَاهُنَا أَقْوَى مِنْ مِلْكِ النِّكَاحِ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْإِنْتِفَاعَ وَالْمُعَاوَضَةَ، وَيَمْلِكُ بِهِ عُمُومَ الْمَنَافِعِ، فَلَا تَنْفَسَخُ بِمِلْكِ الرِّقَبَةِ، فَإِنْ قِيلَ: لَوْ لَمْ تَنْفَسَخِ الْإِجَارَةُ لَعَادَتْ الْمَنَافِعُ بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّتِهَا إِلَى الْمُؤَجَّرِ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي عَقْدِ

(١) كل من ملك المنفعة له الإجارة والإعادة بخلاف من ملك الانتفاع فليس له ذلك في الأصح. الأشباه والنظائر (١/٣٢٦).

الْبَيْعِ، وَإِنَّمَا اسْتَأْجَرَهَا مُدَّةً مُؤَقَّتَةً بِخِلَافِ الزَّوْجِ، لِأَنَّهُ مَلَكَ الْمُنْفَعَةَ مِلْكًا مُؤَبَّدًا، فَالْجَوَابُ أَنَّ الْبَائِعَ بَاعَ مَا يَمْلِكُهُ مِنَ الْعَيْنِ وَمَنَافِعِهَا الَّتِي يَسْتَحِقُّهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُ الْعَقْدَ عَلَى الْمَنَافِعِ الَّتِي تَلِي الْعَقْدَ وَالَّتِي تَتَأَخَّرُ عَنْهُ بِالْإِجَارَةِ عِنْدَنَا فَالْبَيْعُ أَوَّلَى، أَمَا إِنْ كَانَ الْاسْتِئْجَارُ مِنْ غَيْرِ الْبَائِعِ وَإِنْ كَانَ مَالِكًا لِلْمَنَافِعِ الْمُؤَبَّدَةِ فَالْإِجَارَةُ بَاقِيَةً وَتَعُودُ إِلَيْهِ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ بِغَيْرِ تَرَدُّدٍ، وَلَوْ مَلَكَ الْمُسْتَأْجِرُ الْعَيْنَ بِهَبَةٍ فَهُوَ كَمَا لَوْ مَلَكَهَا بِشِرَاءٍ، صَرَّحَ بِهِ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ فِي مُسَوَّدَتِهِ عَلَى الْهَدَايَةِ، فَأَمَّا إِنْ وَهَبَ الْعَيْنَ الْمُسْتَعَارَةَ مِنَ الْمُسْتَعِيرِ فَإِنَّهُ تَبَطَّلُ الْعَارِيَّةُ، وَذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ، لِأَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ اسْتَأْجَرَ دَارًا مِنْ أَبِيهِ ثُمَّ مَاتَ الْآبُ وَوَرِثَهَا فَهَلْ تَنْفَسَخُ الْإِجَارَةُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ أَيْضًا، وَخَرَجَهُمَا صَاحِبُ التَّلْخِيصِ مِنَ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا، وَالْمَذْهَبُ عِنْدَ الْقَاضِي فِي الْخِلَافِ أَنَّهُ لَا يَنْفَسَخُ كَشِرَاءِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَقَالَ فِي الْمَجَرَّدِ: يَنْفَسَخُ، وَتَوَجَّهَ بِأَنَّ الْمَلِكَ بِالْإِرْثِ قَهْرِيٌّ يَقْضِي تَمْلُكَ مَا لَا يَتَمَلَّكُ مِثْلُهُ بِالْعُقُودِ فَجَازَ أَنْ يَمْلِكَ بِهِ الْمَنَافِعَ الْمُسْتَأْجَرَةَ مِنْ مُسْتَأْجَرِهَا فَتَنْفَسَخُ الْإِجَارَةُ، وَأَيْضًا فَقَدْ بَيَّنَّنِي هَذَا عَلَى الْمَنَافِعِ الْمُسْتَأْجَرَةِ هَلْ تَحْدُثُ عَلَى مِلْكِ الْمُؤَجَّرِ، ثُمَّ تَنْتَقِلُ إِلَى مِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ، فَإِنْ قُلْنَا: بِذَلِكَ فَلَا مَعْنَى لِحُدُوثِهَا عَلَى مِلْكِهِ وَانْتِقَالِهَا إِلَيْهِ، هَذَا إِذَا كَانَ ثُمَّ وَارِثُ سِوَاهُ لِأَنَّ فَائِدَةَ بَقَاءِ الْإِجَارَةِ اسْتِحْقَاقُ بَقِيَّةِ الْأَجْرَةِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ وَارِثُ سِوَاهُ فَلَا مَعْنَى لَاسْتِحْقَاقِهِ الْعِوَضَ عَلَى نَفْسِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى أَبِيهِ دَيْنٌ لِعَیْرِهِ وَقَدْ مَاتَ مَقْلَسًا بَعْدَ أَنْ أَسْلَفَهُ الْأَجْرَةَ.

وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى طَلْعًا لَمْ يُؤَبَّرْ^(١) فِي رُءُوسِ نَخْلٍ بِشَرْطِ قَطْعِهِ ثُمَّ اشْتَرَى أَصْلَهُ فِي الْحَالِ^(٢)، فَهَلْ يَتَخَرَّجُ انْفِسَاخُ الْبَيْعِ فِي الطَّلْعِ عَلَى مَا مَرَّ مِنَ الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمُنْفَعَةِ لَتَبْعِهِ فِي الْبَيْعِ أَمْ لَا، لِأَنَّهُ عَيْنٌ مُسْتَقْلِلَةٌ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالْمَجْزُومُ بِهِ فِي الْكَافِي أَنَّهُ لَا يَنْفَسَخُ بِغَيْرِ خِلَافٍ.

* * *

القاعدة السادسة والثلاثون:

مَنْ اسْتَأْجَرَ عَيْنًا مِمَّنْ لَهُ وَلَايَةُ الْإِيجَارِ ثُمَّ زَالَتْ وَلَايَتُهُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ فَهَلْ تَنْفَسَخُ

(١) يؤبر: يعني يلقح.

(٢) الأصل في ذلك حديث «من ابتاع نخلاً بعدما يؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع» فقد أخرج البخاري ومسلم عن نافع عن ابن عمر قولاً بقصه النخل فقط. نصب الرواية (٥/٤).

الإجارة؟ هذا قسمان:

أحدهما: أن تكون إجارته إجارة بولاية محضة، فإن كان وكيلًا محضًا فالكلام في موكله دونه. وإن كان مستقلًا بالتصرف فإن انتقلت الولاية إلى غيره، لا تنفسخ الإجارة، لأن الولي الثاني يقوم مقام الأول كما يقوم المالك الثاني مقام الأول، وإن زالت الولاية عن الموكل عليه بالكليّة كصبي يبلغ بعد إيجاره أو إيجار عقاره والمدة باقية، ففي الانفساخ وجهان:

أشهرهما: عدمه، وهو قول القاضي وأصحابه لأنه تصرف له تصرفًا لازمًا فلا تنفسخ ببلوغه كما لو زوجه أو باع عقاره. والثاني: ينفسخ، ذكره في المغني وجهًا لأنه أجره مدة لا ولاية له عليه فيها بالكليّة، فأشبهه إجارة البطن الأول للوقف إذا انقضى قبل انقضاء المدة، وفارق البيع لأنه يبرم في الحال وتقطع علقته. نعم لو كان بلوغه في مدة الخيار ففيه نظر، وكذا النكاح يبرم من حينه، الماتمرغي: المهر فيه بالدخول بخلاف الإجارة، لأن الأجرة تنقسط فيها على المدة ولا يستقر الملك فيها إلا باستيفاء المنافع شيئًا بعد شيء، وذكر في المغني وجهًا آخر: أنه إن أجره مدة يعلم بلوغه فيها قطعًا لم يصح في الزائد، ويخرج الباقي على تفريق الصفة ونحوه، ذكره صاحب التلخيص.

والقسم الثاني: أن تكون إجارته بملك ثم تنتقل إلى غيره وهو أنواع:

أحدها: أن تنتقل عنه إلى من يملك بالقهر ما استولى عليه، فتنتسخ الإجارة لملكه المنافع الباقية منها، ودخل تحت هذا إذا أجر مسلم شيئًا ثم استولى عليه الكفار، وإذا أجر الحربي شيئًا لحربي ثم استولى عليه المسلمون، أمّا إن أجر الحربي شيئًا لمسلم أو ذمي ثم استولى عليه المسلمون فالإجارة باقية لأن المنافع ملك لمعصوم فلا تملك.

وثانيها: أن ينتقل الملك إلى من خلفه في ماله ويقوم مقامه ويتلقى الملك عنه فلا اعتراض له على عقوده بل هو منفذ لها، وذلك كالوارث والمشتري والمتهب والموصى له بالعين والزوجة إذا أخذت العين صداقًا، أو أخذه منها عوضًا عن خلع أو صلحًا أو غير ذلك.

وثالثها: أن يكون مؤاجمًا للأول في الاستحقاق ومتلقيًا للملك ممن تلقاه الأول، لكن لا حق له في العين إلا بعد انتهاء استحقاقه كالْبطن الثاني من أهل الوقف إذا أجر البطن الأول، ثم انقضى والإجارة قائمة وفيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ مَا قَالَ الْقَاضِي فِي الْمَجَرَّدِ: أَنَّهُ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا تَنْفَسَخُ، لِأَنَّ الثَّانِي لَا حَقَّ لَهُ فِي الْعَيْنِ إِلَّا بَعْدَهُ فَهُوَ كَالْوَارِثِ.

وَالثَّانِي: وَهُوَ الْمَذْهَبُ الصَّحِيحُ وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَقَالَ: إِنَّهُ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ وَابْنِهِ أَبِي الْحُسَيْنِ وَحَكِيمَاهُ عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ بْنِ شَاقِلَا، وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ: أَنَّهُ يَنْفَسَخُ، لِأَنَّ الطَّبَقَةَ الثَّانِيَةَ تَسْتَحِقُّ الْعَيْنَ بِجَمِيعِ مَنَافِعِهَا تَلَقُّيًا عَنِ الْوَاقِفِ بِانْقِرَاضِ الطَّبَقَةِ الْأُولَى فَلَا حَقَّ لِلْأُولَى فِيهِ بَعْدَ انْقِرَاضِهِمْ، بِخِلَافِ الْوَرِثَةِ فَإِنَّهُمْ لَا يَسْتَحِقُّونَ عَنْ مُورَثِهِمْ إِلَّا مَا خَلَفَهُ فِي مِلْكِهِ مِنَ الْأَمْوَالِ وَلَمْ يَخْلُفْ هَذِهِ الْمَنَافِعَ، وَحَقُّ الْمَالِكِ لَمْ يَنْقَطِعْ عَنْ مِيرَاثِهِ بِالْكُلِّيَّةِ بَلْ آثَارُهُ بَاقِيَةٌ وَلِذَلِكَ تَقْضَى دِيُونُهُ وَتَنْفَذُ وَصَايَاهُ مِنَ الشَّرَكَةِ وَهِيَ مِلْكُهُ عَلَى قَوْلِهِ إِلَى أَنْ تَقْضَى دِيُونُهُ، فَكَيْفَ يَعْزُضُ عَلَيْهِ فِي تَصَرُّفَاتِهِ بِنَفْسِهِ، وَابْتِذَاً فَهُوَ كَانَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي مَالِهِ عَلَى التَّائِيدِ بِوَقْفِ عَقَارِهِ وَالْوَصِيَّةِ بِهِ وَبِمَا تَحْمِلُ شَجَرَتُهُ أَبَدًا، وَالْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ بِخِلَافِهِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ.

وَخَرَجَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ وَجْهًا آخَرَ يَبْطُلَانِ الْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصِّفَقَةِ كَمَا سَبَقَ، لَكِنْ الْأَجْرَةَ إِنْ كَانَتْ مُقْسَطَةً عَلَى أَشْهُرٍ مُدَّةٍ الْإِجَارَةِ أَوْ أَعْوَامِهَا فَهِيَ صِفَقَاتٌ مُتَعَدَّةٌ عَلَى أَصْحَابِ الْوَجْهَيْنِ فَلَا تَبْطُلُ جَمِيعًا بِبُطْلَانِ بَعْضِهَا، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُقْسَطَةً فَهِيَ صِفَقَةٌ وَاحِدَةٌ فَيُطْرَدُ فِيهَا الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ. وَأَعْلَمُ أَنَّ فِي ثُبُوتِ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ نَظْرًا، لِأَنَّ الْقَاضِي إِنْمَا فَرَضَهُ فِيمَا إِذَا أَجَرَ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ لِكُونَ النَّظَرِ لَهُ مَشْرُوطًا وَهَذَا مَحَلُّ تَرَدُّدٍ، أَعْنِي: إِذَا أَجَرَ بِمُقْتَضَى النَّظَرِ الْمَشْرُوطِ لَهُ هَلْ يَلْحَقُ بِالنَّظَرِ الْعَامِّ فَلَا يَنْفَسَخُ بِمَوْتِهِ الْإِجَارَاتُ أَمْ لَا؟ فَإِنَّ مِنْ أَصْحَابِنَا الْمُتَأَخِّرِينَ مَنْ أَلْحَقَهُ بِالنَّظَرِ الْعَامِّ فِي ذَلِكَ، وَهَكَذَا حُكْمُ الْمُقْطَعِ إِذَا أَجَرَ أَقْطَاعَهُ ثُمَّ انْتَقَلَتْ عَنْهُ إِلَى غَيْرِهِ بِإِقْطَاعِ أَحَدٍ.

وَرَابِعُهَا: أَنْ يَكُونَ مَزَاجًا لِلْأَوَّلِ فِي اسْتِحْقَاقِ التَّلَقِّيِّ عَمَّنْ تَلَقَّى عَنْهُ الْأَوَّلُ بِسَبْقِ حَقِّهِ وَتَقْدِيمِهِ عَلَيْهِ وَهُوَ الْمُشْتَرِي لِلشَّقْصِ الْمَشْفُوعِ إِذَا أَجَرَ، وَقُلْنَا: بِصِحَّةِ تَصَرُّفَاتِهِ بِالْإِجَارَةِ أَوْ غَيْرِهَا، ثُمَّ انْتَزَعَهُ الشَّقِيعُ وَفِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُوهُ:

أَحَدُهَا: وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُقْنِعِ لَا تَنْفَسَخُ الْإِجَارَةُ، لِأَنَّ مِلْكَ الْمُؤَجَّرِ ثَابِتٌ، وَيَسْتَحِقُّ الشَّقِيعُ الْأَجْرَةَ مِنْ يَوْمِ اخْتِذِهِ، لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ انْتِزَاعَ الْعَيْنِ وَالْمَنْفَعَةِ، فَإِذَا فَاتَ أَحَدُهُمَا رَجَعَ إِلَى بَدَلِهِ وَهُوَ الْأَجْرَةُ هَاهُنَا، كَمَا نَقُولُ فِي الْوَقْفِ إِذَا انْتَقَلَ إِلَى الْبَطْنِ الثَّانِي، وَلَمْ تَنْفَسَخْ إِجَارَتُهُ إِنَّهُمْ يَسْتَحِقُّونَ الْأَجْرَةَ مِنْ يَوْمِ الْاِنْتِقَالِ، وَكَذَلِكَ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ

جَعَفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ فِي بَيْعِ الْعَيْنِ الْمُؤَجَّرَةِ، وَأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ مِنْ حِينَ الْبَيْعِ، وَهُوَ مُشْكِلٌ، لِأَنَّ الْمَنَافِعَ فِي مُدَّةِ الْإِجَارَةِ غَيْرُ مَمْلُوكَةٍ لِلْبَائِعِ فَلَا يَدْخُلُ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ، وَيَجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ الْبَائِعَ يَمْلِكُ عَوَضَهَا وَهُوَ الْأَجْرَةُ وَلَمْ يَسْتَقِرَّ بَعْدُ، وَلَوْ انْفَسَخَ الْعَقْدُ لَرَجَعَتِ الْمَنَافِعُ إِلَيْهِ، فَإِذَا بَاعَ الْعَيْنَ وَلَمْ يَسْتَنْ شَيْئًا لَمْ تَكُنْ تِلْكَ الْمَنَافِعُ وَلَا عَوَضُهَا مُسْتَحَقًّا لَهُ لِشُمُولِ الْبَيْعِ لِلْعَيْنِ وَمَنَافِعِهَا، فَيَقُومُ الْمُشْتَرِي مَقَامَ الْبَائِعِ فِيمَا كَانَ يَسْتَحِقُّهُ مِنْهَا وَهُوَ اسْتِحْقَاقُهُ عَوَضَ الْمَنَافِعِ مَعَ بَقَاءِ الْإِجَارَةِ، وَفِي رَجُوعِهَا إِلَيْهِ مَعَ الْانْفِسَاحِ، وَهَذَا هُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِلْأَصْحَابِ، وَهُوَ مِثَالُ نَصِّ أَحْمَدَ الْمَذْكُورُ أَوَّلًا، وَمَا ذَكَرْنَا قَبْلَ ذَلِكَ مِنْ رَجُوعِ الْمَنَافِعِ إِلَى الْبَائِعِ عِنْدَ الْانْفِسَاحِ هُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ تَنْفَسَخَ الْإِجَارَةُ بِأَخْذِهِ، وَهُوَ الْمَعْزُومُ بِهِ فِي الْمُحَرَّرِ، لِمَا قُلْنَا: مِنْ ثُبُوتِ حَقِّهِ فِي الْعَيْنِ وَالْمَنْفَعَةِ، فَيَمْلِكُ انْتِزَاعَ كُلِّ مِنْهُمَا مِمَّنْ هُوَ فِي يَدِهِ، وَفَارَقَ إِجَارَةَ الْوَقْفِ عَلَى وَجْهِهِ، لِأَنَّ الْبَطْنَ الثَّانِي لَا حَقَّ لَهُمْ قَبْلَ انْقِرَاضِ الْأَوَّلِ، وَهُنَا حَقُّ الشَّقِيعِ ثَابِتٌ قَبْلَ إِيجَارِ الْمُشْتَرِي فَيَنْفَسَخُ بِأَخْذِهِ لِسَبْقِ حَقِّهِ، وَلِهَذَا قُلْنَا: عَلَى رَوَايَةٍ إِنْ تَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ مُرَاعَى، فَإِنْ فَسَخَ الْبَائِعُ بَطُلَ، وَأَيْضًا فَلَوْ لَمْ تَنْفَسَخِ الْإِجَارَةُ لَوَجِبَ ضَمَانُ الْمَنَافِعِ عَلَى الْمُشْتَرِي بِأَجْرَةِ الْمِثْلِ لَا بِالْمُسَمَى لِأَنَّهُ ضَمَانُ حَيْلُولَةٍ، كَمَا قُلْنَا: فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ الْمُسْتَأْجَرَ لَزِمَهُ ضَمَانُ قِيَمَةِ مَنَافِعِهِ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ.

وَالثَّلَاثُ: أَنَّ الشَّقِيعَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ أَوْ يَتْرُكَهَا، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي مَسْأَلَةِ الْإِعَارَةِ وَهُوَ أَظْهَرُ، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ بَيْعُ الْمَنَافِعِ، وَلَوْ بَاعَ الْمُشْتَرِي الْعَيْنَ أَوْ بَعْضَهَا كَانَ الشَّقِيعُ مُخِيرًا بَيْنَ الْأَخْذِ مِمَّنْ هُوَ فِي يَدِهِ وَبَيْنَ الْفَسْخِ لِأَخْذِ الْمُشْتَرِي.

وْخَامِسُهَا: أَنْ يَفْسَخَ مِلْكُ الْمُؤَجَّرِ وَيَعُودَ إِلَى مَنْ انْتَقَلَ الْمِلْكُ إِلَيْهِ مِنْهُ، فَالْمَعْرُوفُ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَنْفَسَخُ بِذَلِكَ، لِأَنَّ فُسْخَ الْعَقْدِ لَهُ مِنْ حِينِهِ لَا مِنْ أَصْلِهِ. وَصَرَّحَ أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ بِانْفِسَاحِ النِّكَاحِ لَوْ أَنْكَحَهَا الْمُشْتَرِي ثُمَّ رَدَّهَا بِعَيْبٍ، بِنَاءً أَنَّ الْفَسْخَ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ. وَقَالَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي خِلَافِيهِمَا: الْفَسْخُ بِالْعَيْبِ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ مِنْ حِينِهِ، وَالْفَسْخُ بِالْخِيَارِ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ، لِأَنَّ الْخِيَارَ يَمْنَعُ الزُّومَ بِالْكُلِّيَّةِ، وَلِهَذَا يُمْنَعُ مَعَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الْمَبِيعِ وَثَمَنِهِ بِخِلَافِ الْعَيْبِ.

القاعدة السابعة والثلاثون:

في تَوَارُدِ الْعُقُودِ الْمُخْتَلِفَةِ بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ، وَتَدَاخُلِ أَحْكَامِهَا وَتَنْدَرِجُ تَحْتَهَا صُورٌ مِنْهَا: إِذَا رَهَنَهُ شَيْئًا ثُمَّ أَذِنَ لَهُ فِي الْإِنْتِفَاعِ بِهِ، فَهَلْ يَصِيرُ عَارِيَّةً حَالَةَ الْإِنْتِفَاعِ أَمْ لَا؟ قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي نَظَرِيَّاتِهِ، وَصَاحِبُ الْمُغْنِي وَالْتَلْخِيصِ: يَصِيرُ مَضْمُونًا بِالْإِنْتِفَاعِ لِأَنَّ ذَلِكَ حَقِيقَةُ الْعَارِيَّةِ، وَأُورِدَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي نَظَرِيَّاتِهِ فِي وَقْتِ ضَمَانِهِ احْتِمَالَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَصِيرُ مَضْمُونًا بِدُونِ الْإِنْتِفَاعِ. وَالثَّانِي: يَصِيرُ مَضْمُونًا بِمُجَرَّدِ الْقَبْضِ إِذَا قَبَضَهُ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ، لِأَنَّهُ صَارَ مُنْسِكًَا لِلْعَيْنِ لِمَنْفَعَةٍ نَفْسِهِ مُتَفَرِّدًا بِهِ، وَهَلْ يُزُولُ لُزُومُهُ أَمْ لَا؟ يَنْبَغِي عَلَى أَنَّ إِعَارَةَ الرَّاهِنِ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ هَلْ يُزِيلُ لُزُومَ الرَّهْنِ أَمْ لَا؟ وَفِيهِ طَرِيقَانِ: إِحْدَاهُمَا: أَنَّهُ عَلَى رَوَايَتَيْنِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْمُحَرَّرِ. وَالثَّانِيَّةُ: أَنَّ إِعَارَةَ الْمُرْتَهِنِ لَمْ يَزَلْ اللَّزُومُ بِخِلَافِ غَيْرِهِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْمُغْنِي.

وَقَالَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي شَرْحِ الْهَدَايَةِ: ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَصِيرُ مَضْمُونًا بِحَالٍ، وَيَشْهَدُ لَهُ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ فِي خِلَافِهِ: شَرْطُ مَنْفَعَةِ الرَّهْنِ بَاطِلٌ وَهُوَ رَهْنٌ بِحَالِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَوْدَعَهُ شَيْئًا ثُمَّ أَذِنَ لَهُ فِي الْإِنْتِفَاعِ بِهِ، فَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي نَظَرِيَّاتِهِ، وَصَاحِبُ التَّلْخِيصِ: يَصِيرُ مَضْمُونًا حَالَةَ الْإِنْتِفَاعِ لِمَصِيرِهِ عَارِيَّةً حَيْثَلَوْ. قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: وَلَا يَضْمَنُ بِالْقَبْضِ قَبْلَ الْإِنْتِفَاعِ هَاهُنَا لِأَنَّهُ لَمْ يُنْسِكِهِ لِمَنْفَعَةٍ نَفْسِهِ مُتَفَرِّدًا بَلْ لِمَنْفَعَتِهِ وَمَنْفَعَةِ مَالِكِهِ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ. وَمِنْ الْمُتَأَخِّرِينَ مَنْ قَالَ: ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَصِيرُ مَضْمُونًا أَيْضًا كَالرَّهْنِ، وَفَرَّقَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ بَيْنَهُمَا، وَلَا اخْتِلَافَ هَاهُنَا بَيْنَ الْعَقْدَيْنِ فِي الْجَوَازِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَدَّةَ الْإِنْتِفَاعِ مُؤَقَّتَةً فَيُخْرَجُ فِيهَا وَجْهٌ بِاللَّزُومِ مِنْ رِوَايَةِ لُزُومِ الْعَارِيَّةِ الْمُؤَقَّتَةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَعَارَهُ شَيْئًا لِيَرْهَنَهُ صَحَّ نَصٌّ عَلَيْهِ، وَنَقَلَ ابْنُ الْمُنْذِرِ الْإِتِّفَاقَ عَلَيْهِ وَيَكُونُ مَضْمُونًا عَلَى الرَّاهِنِ، لِأَنَّهُ مُسْتَعِيرٌ وَأَمَانَةٌ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ عَلَيْهِ، وَأَمَّا اللَّزُومُ وَعَلَمُهُ، فَقَالَ الْأَصْحَابُ: هُوَ لَا زَمٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الرَّاهِنِ وَالْمَالِكِ، لَكِنْ لِلْمَالِكِ الْمُطَالِبَةِ كَالْأَشْنَانِ، فَإِذَا انْفَلَكَ زَالَ اللَّزُومُ فَيَرْجِعُ فِيهِ الْمَلِكُ، وَاسْتَشْكَلَ ذَلِكَ الْحَارِثِيُّ، وَقَالَ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ لَا زَمًا فَلَا يَمْلِكُ الْمَالِكُ الْمُطَالِبَةَ قَبْلَ الْأَجَلِ وَتَكُونُ الْعَارِيَّةُ هُنَا لَازِمَةً لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْغَيْرِ وَحَصُولِ الضَّرَرِّ بِالرَّجُوعِ كَمَا فِي الْعَارِيَّةِ كِبَاءً حَاطِطٍ وَوَضَعَ خَشَبٌ وَشَبَهَمَا انْتَهَى. وَصَرَّحَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ بِعَدَمِ لُزُومِهِ فَإِنَّ لِلْمَالِكِ انْتِزَاعَهُ مِنْ يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَيَبْطُلُ الرَّهْنُ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَعَارَهُ شَيْئًا ثُمَّ رَهَنَهُ عِنْدَهُ، فَقَالَ أَبُو الْبَرَكَاتِ فِي الشَّرْحِ: قِيَاسُ الْمَذْهَبِ صِحَّتُهُ وَيَسْقُطُ ضَمَانُ الْعَارِيَةِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ لَازِمَةً، وَعَقْدُ هَذِهِ الْأَمَانَةِ لَازِمٌ، ثُمَّ أَخَذَهُ مِنَ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ فِي رُودِ عَقْدِ الْإِعَارَةِ عَلَى الرَّاهِنِ كَمَا سَبَقَ، وَتَخَرَّجَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَا فِي تِلْكَ.

وَمِنْهَا: رُودُ عَقْدِ الرَّهْنِ عَلَى الْغَضَبِ، فَيَصِحُّ عِنْدَنَا، ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَيَبْرَأُ بِهِ الْغَاصِبُ، وَكَذَا لَوْ أَوْدَعَهُ عِنْدَهُ أَوْ أَعَارَهُ إِيَّاهُ أَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِحِيطَاتِهِ أَوْ نَحْوَهَا، ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ. وَذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِيمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِحِيطَاتِهِ وَنَحْوَهَا هَلْ يَبْرَأُ بِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَذَكَرَ هُوَ فِي الْمَجْرَدِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ الْمُضَارَبَةِ إِذَا جَعَلَ الْمَالِكُ الْمُغْضُوبَ مَعَ الْغَاصِبِ مُضَارَبَةً صَحَّ وَلَمْ يَبْرَأْ مِنْ ضَمَانِهِ إِلَى أَنْ يَدْفَعَهُ ثَمَنًا فِيمَا يَشْتَرِي بِهِ فَيَبْرَأُ حَيْثُودَ مِنَ الضَّمَانِ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي الْخَطَّابِ يَبْرَأُ فِي الْحَالِ.

وَمِنْهَا: رَهْنُ الْمَبِيعِ الْمَضْمُونِ عَلَى الْبَائِعِ قَبْلَ قَبْضِهِ عَلَى ثَمَنِهِ أَوْ غَيْرِهِ إِذَا قِيلَ بِصِحَّتِهِ يَزُولُ بِهِ الضَّمَانُ عَلَى قِيَاسِ النَّبِيِّ قَبْلَهَا لِأَنَّ يَدَهُ صَارَتْ يَدَ ارْتِنَانٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ: إِنْ جِئْتُكَ بِحَقِّكَ إِلَى وَقْتٍ كَذَا وَلَا فَالْرَهْنُ لَكَ بِالذَّيْنِ وَقَبْلَ ذَلِكَ، فَهُوَ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ إِلَى ذَلِكَ الْوَقْتِ، ثُمَّ يَصِيرُ مَضْمُونًا، لِأَنَّ قَبْضَهُ صَارَ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ، بِاللَّكَلِيِّ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ هَارُونَ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُهُ بِحَالٍ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْخِلَافِ، لِأَنَّ الشَّرْطَ يَفْسُدُ فَيَصِيرُ وَجُودُهُ كَعَدَمِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَاتَبَ الْمُدْبِرُ أَوْ دَبَّرَ الْمَكَاتِبُ صَحَّ نَصٌّ عَلَيْهِ، ثُمَّ إِنْ مَاتَ السَيِّدُ وَلَمْ يُؤَدِّ الْعَبْدُ مِنَ الْكِتَابَةِ شَيْئًا عَتَقَ بِالتَّدْيِيرِ مِنَ الثَّلَاثِ، وَهَلْ يَكُونُ كَسْبُهُ لَهُ كَمَا لَوْ عَتَقَ فِي حَيَاةِ السَيِّدِ وَهُوَ مَكَاتِبٌ أَوْ لِلرَّوْنَةِ كَعَتَقِهِ بِالتَّدْيِيرِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَهَكَذَا حُكْمُ الاسْتِيلَادِ وَالْكِتَابَةِ، وَنَقَلَ ابْنُ الْحَكَمِ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى بَطْلَانِ التَّدْيِيرِ بِالْكِتَابَةِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ التَّدْيِيرَ وَصِيَّةٌ فَيَبْطُلُ بِالْكِتَابَةِ.

* * *

القاعدة الثامنة والثلاثون:

فِيمَا إِذَا وَصَلَ بِالْفَاطِ الْعُقُودِ مَا يُخْرِجُهَا عَنْ مَوْضُوعِهَا فَهَلْ يَفْسُدُ الْعَقْدُ بِذَلِكَ أَوْ يُجْعَلُ كِنَايَةً عَمَّا يُمَكِّنُ صِحَّتَهُ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ؟ وَفِيهِ خِلَافٌ، يَلْتَفِتُ إِلَى أَنَّ الْمُغْلَبَ هَلْ هُوَ اللَّفْظُ أَوِ الْمَعْنَى، وَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ أَعَارَهُ شَيْئًا وَشَرَطَ عَلَيْهِ الْعَوَضَ فَهَلْ يَصِحُّ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يَصِحُّ وَيَكُونُ كِنَايَةً عَنِ الْقَرْضِ فِيمَلِكُهُ بِالْقَبْضِ إِذَا كَانَ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي مَوْضِعٍ مِنْ رُءُوسِ الْمَسَائِلِ أَنَّهُ يَصِحُّ عِنْدَنَا شَرْطُ الْعَوَضِ فِي الْعَارِيَةِ كَمَا يَصِحُّ شَرْطُ الْعَوَضِ فِي الْهَبَةِ، لِأَنَّ الْعَارِيَةَ هَبَةٌ مُنْفَعَةٌ، وَلَا تَفْسُدُ بِذَلِكَ، مَعَ أَنَّ الْقَاضِي قَرَّرَ أَنَّ الْهَبَةَ الْمَشْرُوطُ فِيهَا الْعَوَضُ لَيْسَتْ بِيَعًا، وَإِنَّمَا الْهَبَةُ تَارَةً تَكُونُ تَبَرُّعًا وَتَارَةً تَكُونُ بِعَوضٍ، وَكَذَلِكَ الْعِنَقُ، وَلَا يَخْرُجَانِ مِنْ مَوْضِعِهَا، فَكَذَلِكَ الْعَارِيَةُ، وَهَذَا مَاخَذٌ آخَرٌ لِلصَّحَّةِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ تَفْسُدُ بِذَلِكَ وَجَعَلَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ الْمَذْهَبَ، لِأَنَّ الْعَوَضَ يُخْرَجُهَا عَنْ مَوْضِعِهَا، وَفِي التَّلْخِيصِ إِذَا أَعَارَهُ عَبْدُهُ عَلَى أَنْ يُعِيرَهُ الْآخَرُ فَرَسَهُ فِيهِ إِجَارَةً فَاسِدَةً غَيْرَ مَضْمُونَةٍ هَذَا رُجُوعٌ إِلَى أَنَّهُ كِنَايَةٌ فِي عَقْدٍ آخَرَ، وَالْفَسَادُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ لاشتِرَاطِ عَقْدٍ فِي عَقْدٍ آخَرَ وَإِمَّا لِعَدَمِ تَقْدِيرِ الْمُنْفَعَتَيْنِ، وَعَلَيْهِ خَرَجَهُ الْحَارِثِيُّ وَقَالَ: وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَعَرْتُكَ عَبْدِي لِتَمَوْنَهُ أَوْ دَابَّتِي لِتَعْلِفَهَا، وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى مُؤْنَةِ الْعَارِيَةِ عَلَى الْمَالِكِ، وَقَدْ صَرَّحَ الْحُلَوَانِيُّ فِي التَّبَصُّرَةِ بِأَنَّهَا عَلَى الْمُسْتَعِيرِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ خَذْ هَذَا الْمَالَ مُضَارِبَةً وَالرِّيحُ كُلُّهُ لَكَ أَوْ لِي ^(١) فَقَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ: هِيَ مُضَارِبَةٌ فَاسِدَةٌ يَسْتَحِقُّ فِيهَا أَجْرَةَ الْمَثَلِ، وَكَذَلِكَ قَالَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ لَكِنَّهُ قَالَ: إِنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ: لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَنْ لَا شَيْءَ لَهُ وَرَضِيَ بِهِ، وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنَ الْمُسَاقَاةِ. وَقَالَ فِي الْمُغْنِيِّ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: إِنَّهُ إِبْضَاعٌ صَحِيحٌ فَرَأَى الْحَكَمَ دُونَ اللَّفْظِ، وَعَلَى هَذَا فَيَكُونُ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى قَرْضًا.

وَمِنْهَا: لَوْ اسْتَأْجَرَ الْمَكِيلَ أَوْ الْمَوْزُونَ أَوْ التَّقْوَدَ أَوْ الْفُلُوسَ وَلَمْ يَذْكُرْ مَا يَسْتَأْجِرُهَا لَهُ، فَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي الْإِجَارَاتِ: يَصْلُحُ وَيَكُونُ قَرْضًا وَلَنَا وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ. وَمِنْهَا: لَوْ أَجَرَهُ الْأَرْضَ بِثُلُثِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ زَرْعٍ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى صِحَّتِهِ، وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي مَعْنَاهُ، فَقَالَ الْقَاضِي هِيَ إِجَارَةٌ عَلَى حَدِّ الْمَزَارَعَةِ تَصِحُّ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ وَحُكْمُهَا حُكْمُهَا. وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ، وَابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُغْنِيِّ: هِيَ مَزَارَعَةٌ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ فَتَصِحُّ عَلَى قَوْلِنَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْبَذَرُ مِنَ الْعَامِلِ وَإِلَّا فَلَا.

(١) عند الشافعي: العقد فاسد، وقال مالك: المضاربة صحيحة في الصورتين لأنهما دخلا في القراض، وقال أبو حنيفة: إذا قال والريح كله كان إِبْضَاعًا صحيحًا لأنه أثبت له حكم الإِبْضَاعِ فانصرف إليه، ورجح صاحب المغنى أن المضاربة تقضى كون الريح بينهما ومن ثم فإختصاص إحداهما به شرط يتنافى مقتضى العقد فيفسده، ولأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب. المفتى (٢١/٥).

وَمِنْهَا: لَوْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ حَالًا فَهَلْ يَصِحُّ وَيَكُونُ بَيْعًا أَوْ لَا يَصِحُّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ الْمُرُودِيِّ لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ بِلَفْظِ السَّلَامِ. وَالثَّانِي: يَصِحُّ، قَالَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ خِلَافِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ: أَنْتَ عَلَيَّ حَرَامٌ أَعْنِي بِهِ الطَّلَاقَ وَقُلْنَا: الْحَرَامُ صَرِيحٌ فِي الظَّهَارِ فَهَلْ يَلْعَوُ تَفْسِيرُهُ وَيَكُونُ ظَهَارًا أَوْ يَصِحُّ وَيَكُونُ طَلَاقًا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ لَهُ فِي دَيْنِ السَّلَامِ: صَالِحِي مِنْهُ عَلَى مِثْلِ الثَّمَنِ، قَالَ الْقَاضِي: يَصِحُّ وَيَكُونُ إِقَالَةً، وَقَالَ هُوَ وَابْنُ عَقِيلٍ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ الدَّيْنِ مِنَ الْغَرِيمِ بِمِثْلِهِ لِأَنَّهُ نَفْسُ حَقِّهِ فَيُخْرِجُ فِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَانِ التَّفَاتَا إِلَى اللَّفْظِ وَالْمَعْنَى.

* * *

القاعدة التاسعة والثلاثون:

فِي انْعِقَادِ الْعُقُودِ بِالْكِنَايَاتِ وَاخْتِلَافِ الْأَصْحَابِ فِي ذَلِكَ. فَقَالَ الْقَاضِي: فِي مَوَاضِعَ: لَا كِنَايَةَ إِلَّا فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، وَسَائِرُ الْعُقُودِ لَا كِنَايَةَ فِيهَا، وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الْاِنْتِصَارِ نَحْوَهُ، وَزَادَ: وَلَا يَحِلُّ الْعُقُودُ بِالْكِنَايَاتِ غَيْرِ النِّكَاحِ وَالرَّقِّ. وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنْهُ: تَدْخُلُ الْكِنَايَاتُ فِي سَائِرِ الْعُقُودِ سِوَى النِّكَاحِ لِاشْتِرَاطِ الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ وَهِيَ لَا تَقَعُ عَلَى النِّيَّةِ وَأَشَارَ إِلَيْهِ صَاحِبُ الْمُعْنَى أَيْضًا، وَكَلَامُ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ يَدُلُّ عَلَيْهِ، وَهَلِ الْمُعَاطَةُ الَّتِي يَتَعَقَّدُ بِهَا الْبَيْعُ وَالْهَبَةُ وَنَحْوُهُمَا الْكِنَايَاتُ وَكَذَلِكَ كِنَايَاتُ الْوَقْفِ تَتَعَقَّدُ بِهِ فِي الْبَاطِنِ صَرَحَ بِهِ الْحَلَوَانِيُّ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الْقَاعِدَةِ الَّتِي قَبْلَهَا كَثِيرٌ مِنْ فُرُوعِ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَجَرَهُ عَيْنًا بِلَفْظِ الْبَيْعِ فِي الصَّحَّةِ وَجْهَانِ، وَقَالَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ: إِنْ أَضَافَ الْبَيْعَ إِلَى الْعَيْنِ لَمْ يَصِحَّ وَالْوَجْهَانِ فِي إِضَافَتِهَا إِلَى الْمَنْفَعَةِ.

وَمِنْهَا: الرَّجْعَةُ بِالْكِنَايَاتِ، إِنْ اشْتَرَطْنَا الْإِشْهَادَ عَلَيْهَا لَمْ يَصِحَّ وَإِلَّا فَوَجْهَانِ، وَأَطْلَقَ الْوَجْهَيْنِ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ وَغَيْرُهُ. وَالْأَوَّلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، فَأَمَّا قَوْلُهُ لِأَمْتِهِ: أَعْتَقْتُكَ وَجَعَلْتُ عِتْقَكَ صَدَاقَكَ، فَجَعَلَهُ ابْنُ حَامِدٍ كِنَايَةً وَلَمْ يُعَقِّدْ بِهِ النِّكَاحَ حَتَّى يَقُولَ: وَتَزَوَّجْتُكَ. وَقَالَ الْقَاضِي: وَهُوَ صَرِيحٌ بِقَرِينَةٍ ذَكَرَ الصَّدَاقُ، فَإِنَّ الصَّرِيحَ قَدْ يَكُونُ مَجَازًا إِذَا أُشْتُهِرَ وَتَبَادَرَ فَهَمُّهُ وَلَوْ مَعَ الْقَرِينَةِ، وَفَسَّرَهُ الْقَاضِي بِأَنَّهُ الظَّاهِرُ وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ نَصًّا، وَكَلَامُ أَحْمَدَ صَرِيحٌ فِي أَنَّ هَذَا اللَّفْظَ كِنَايَةٌ قَالَ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ: إِذَا قَالَ: أَجْعَلُ عِتْقَكَ صَدَاقَكَ، أَوْ قَالَ: صَدَاقَكَ عِتْقَكَ، كُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ إِذَا كَانَتْ لَهُ نِيَّةٌ فَنِيَّتُهُ نُصْرَحُ بِاعْتِبَارِ النِّيَّةِ، وَتَأَوَّلَهُ الْقَاضِي

بِتَأْوِيلِ بَعِيدٍ جِدًّا، وَكَذَلِكَ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى مَا إِذَا قَالَ الْخَاطِبُ لِلْوَلِيِّ: أَرْوَجْتُ وَلَيْتَكَ؟ قَالَ: نَعَمْ، وَقَالَ: لِلْمُتَزَوِّجِ: أَقْبَلْتُ؟ قَالَ: نَعَمْ. أَنَّ النِّكَاحَ يَنْعَقِدُ بِهِ، وَذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ، وَنَعَمْ هَاهُنَا كِنَايَةٌ، لِأَنَّ التَّقْدِيرَ نَعَمْ زَوَّجْتُ، وَنَعَمْ قَبِلْتُ، وَأَكْثَرُ مَا يُقَالُ: إِنَّهَا صَرِيحَةٌ فِي الْإِعْلَامِ بِحُصُولِ الْإِنْشَاءِ، فَالْإِنْشَاءُ إِنَّمَا أُسْتَفِيدَ مِنْهَا وَلَيْسَ فِيهَا مِنَ الْفَاطِ صَرِيحِ الْإِنْشَاءِ شَيْءٌ فَيَكُونُ كِنَايَةً عَنِ لَفْظِ النِّكَاحِ وَقَبُولِهِ.

* * *

القاعدة الأربعون:

الْأَحْكَامُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِالْأَعْيَانِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى تَبَدُّلِ الْأَمْلاكِ وَاخْتِلَافِهَا عَلَيْهَا نَوْعَانِ: أَحَدُهُمَا: مَا يَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ فِيهِ بِمِلْكٍ وَاحِدٍ فَإِذَا زَالَ ذَلِكَ الْمِلْكُ سَقَطَ الْحُكْمُ وَصَوَّرَ ذَلِكَ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: الْإِجَارَةُ فَمَنْ اسْتَأْجَرَ شَيْئًا مَدَّةً فَزَالَ مِلْكُ صَاحِبِهِ عَنْهُ بِتَمَلُّكِهِ قَهْرِيٍّ يَشْمَلُ الْعَيْنَ وَالْمَنْفَعَةَ ثُمَّ عَادَ مِلْكُ الْمُؤْجَرِ وَالْمَدَّةُ بَاقِيَةٌ لَمْ تَعُدْ الْإِجَارَةُ، هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ، لِأَنَّ مِلْكَ الْمُسْتَأْجِرِ زَالَ عَنِ الْمَنَافِعِ وَبَيَّنَّ لَهُ الرَّجُوعُ عَلَى الْمَالِكِ بِقِسْطِهِ مِنَ الْأَجْرَةِ، فَإِذَا اسْتَوْفَاهُ مِنْهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ حَقٌّ فَيَعُودُ الْعَيْنُ بِمَنَافِعِهَا مِلْكًا لِلْمُؤْجَرِ، أَمَّا إِنْ لَمْ يَسْتَوْفِ شَيْئًا فَقَدْ سَبَقَ نَظَائِرُهَا فِي قَاعِدَةٍ مَنْ تَعَدَّرَ عَلَيْهِ الْأَصْلُ وَاسْتَقَرَّ حَقُّهُ فِي الْبَدَلِ ثُمَّ وَجَدَ الْأَصْلَ فَيَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ، وَالْأَوَّلُ هُنَا عَدَمُ اسْتِحْقَاقِ الْمَنَافِعِ لِأَنَّ حَقَّهُ سَقَطَ مِنْهُ وَانْتَقَلَ إِلَى بَدَلِهَا^(١).

وَمِنْهَا: الْإِعَارَةُ، فَلَوْ أَعَارَهُ شَيْئًا ثُمَّ زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ ثُمَّ عَادَ لَمْ تَعُدْ الْإِعَارَةُ.

وَمِنْهَا: الْوَصِيَّةُ، تَبْطُلُ بِإِزَالَةِ الْمِلْكِ وَلَا تَعُودُ بِعَوْدِهِ.

النَّوعُ الثَّانِي: مَا يَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ فِيهِ بِنَفْسِ الْعَيْنِ مِنْ حَيْثُ هِيَ تَعَلِّقًا لَازِمًا يَخْتَصُّ تَعَلُّقَهُ بِمِلْكٍ دُونَ مِلْكٍ وَلَهُ صَوْرَتَانِ: مِنْهَا: الرِّهْنُ، فَإِذَا رَهَنَ عَيْنًا رَهْنًا لَازِمًا ثُمَّ زَالَ مِلْكُهُ عَنْهَا بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ثُمَّ عَادَ فَالرِّهْنُ بَاقٍ بِحَالِهِ، لِأَنَّهُ وَثِيقَةٌ لَازِمَةٌ لِلْعَيْنِ فَلَا تَنْفَكُ بِتَبَدُّلِ الْأَمْلاكِ كَأَرْشِ الْجِنَايَةِ، غَيْرَ أَنَّ الْأَرْشَ لَازِمٌ لِرَقَبَةِ الْجَانِي بِدُونِ الْقَبْضِ، وَالرِّهْنُ لَا يَلْزَمُ أَوْ لَا يَصِحُّ بِدُونِ الْقَبْضِ، وَذَكَرَ الْأَصْحَابُ صَوْرًا يَعُودُ فِيهَا الرِّهْنُ بِعَوْدِ الْمِلْكِ:

مِنْهَا: لَوْ سَبَى الْكُفَّارُ الْعَبْدَ الْمَرْهُونَ ثُمَّ أُسْتُقْدَ مِنْهُمْ عَادَ رَهْنًا بِحَالِهِ نَصَّ عَلَيْهِ الْإِمَامُ

(١) وَيُؤْخَذُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسْقُطْ حَقُّهُ، أَوْ مَا زَالَ التَّرَاجُ قَائِمًا كَانَ لَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ اسْتِحْقَاقِ الْمَنْفَعَةِ أَوْ اخْذِ الْبَدَلِ.

أحمد.

وَمِنْهَا: لَوْ تَخَمَّرَ الْعَصِيرُ الْمُرْتَهَنُ ثُمَّ تَخَلَّلَ فَإِنَّهُ يَعُودُ رَهْنًا كَمَا كَانَ. وَكَذَلِكَ يَعُودُ الرَّهْنُ بَعْدَ زَوَالِهِ وَإِنْ كَانَ مِلْكُ الرَّاهِنِ بَاقِيًا عَلَيْهِ فِي مَوَاضِعَ.

وَمِنْهَا: لَوْ صَالَحَهُ مِنْ دَيْنِ الرَّهْنِ عَلَى مَا يَشْتَرِطُ قَبْضُهُ فِي الْمَجْلِسِ صَحَّ الصِّلْحُ وَبَرَّتْ ذِمَّتُهُ مِنَ الدَّيْنِ وَزَالَ الرَّهْنُ، فَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَ الْقَبْضِ بَطَلَ الصِّلْحُ وَعَادَ الدَّيْنُ وَالرَّهْنُ بِحَالِهِ.

وَمِنْهَا: مَا قَالَهُ أَبُو بَكْرٍ: إِنْ عَادَ الرَّهْنُ إِلَى الرَّاهِنِ بَطَلَ الرَّهْنُ، فَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ عَادَ رَهْنًا كَمَا كَانَ، وَفِي كَلَامِ أَحْمَدَ نَحْوُهُ، وَتَأَوَّلَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ عَلَى أَنَّهُ بَطَلَ لُزُومُهُ لِأَنَّهُ لَوْ بَطَلَ بِالْكُلِّيَّةِ لَمْ يَعُدْ بِدُونِ عَقْدٍ، وَهَذَا بَاطِلٌ بِمَسْأَلَةِ الصِّلْحِ، وَقَدْ وَافَقَا عَلَيْهِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الرَّهْنَ لَا يَبْطُلُ بَعْدَ لُزُومِهِ بِدُونِ رِضَى الْمُرْتَهَنِ.

وَمِنْ صُورِ هَذَا التَّوَعُّعِ: الْمَكَاتِبُ، فَإِنَّ الْمَكَاتِبَةَ عَقْدٌ لَا زِمَ ثَابِتٌ فِي الرِّقَبَةِ فَلَا يَسْقُطُ بِإِنْتِقَالِ الْمِلْكِ فِيهِ.

وَمِنْهَا: الْأُضْحِيَّةُ الْمُعَيَّنَةُ فَإِنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِي رَقَبَتِهَا لَا يَزُولُ بِدُونِ اخْتِيَارِ الْمَالِكِ فَإِذَا تَعَيَّنَتْ خَرَجَتْ عَنْ كَوْنِهَا أُضْحِيَّةً، فَإِذَا زَالَ الْعَيْبُ عَادَتْ أُضْحِيَّةً كَمَا كَانَتْ، ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي عَمَلِهِ.

وَمِنْهَا: التَّدْبِيرُ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: رُجُوعُ الزَّوْجِ فِي نِصْفِ الصَّدَاقِ بَعْدَ الْفُرْقَةِ فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ سَوَاءٌ كَانَ قَدْ زَالَ مِلْكُ الزَّوْجَةِ عَنْهُ ثُمَّ عَادَ أَوْ لَمْ يَزَلْ، لِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِعَيْنِهِ.

وَمِنْهَا: عَرُوضُ التَّجَارَةِ إِذَا خَرَجَتْ عَنْ مِلْكِهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ثُمَّ عَادَتْ فَإِنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ الْحَوْلُ بِذَلِكَ كَمَا إِذَا تَخَمَّرَ الْعَصِيرُ ثُمَّ تَخَلَّلَ. ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ.

وَمِنْهَا: صِفَةُ الطَّلَاقِ، تَعُودُ يَعُودُ النِّكَاحُ، وَسَوَاءٌ وَجِدَتْ فِي زَمَنِ الْيُسْتُونَةِ أَوْ لَمْ تَوْجَدْ، عَلَى الْمَذْهَبِ الصَّحِيحِ.

وَمِنْهَا: صِفَةُ الْعِتْقِ تَعُودُ يَعُودُ مِلْكُ الرِّقِيقِ فِي أَشْهُرِ الرِّوَايَتَيْنِ، وَفِي الْأُخْرَى لَا تَعُودُ إِذَا وَجِدَتْ الصِّفَةُ بَعْدَ زَوَالِ الْمِلْكِ، وَفَرَّقَ الْقَاضِي بَيْنَ الطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ، بِأَنَّ مِلْكَ الرِّقِيقِ لَا يُبْنَى فِيهِ أَحَدُ الْمِلْكَيْنِ عَلَى الْآخَرِ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ فَإِنَّهُ يُبْنَى فِيهِ أَحَدُ الْمِلْكَيْنِ عَلَى الْآخَرِ فِي عِدَدِ الطَّلَاقِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَهَذَا التَّفْرِيقُ لَا أَثَرَ لَهُ، إِذْ لَوْ كَانَ مُعْتَبَرًا لَمْ يَشْتَرِطْ لِعَدَمِ الْحِنْثِ وَوُجُودِ الصِّفَةِ فِي غَيْرِ الْمِلْكِ.

وَمِنْهَا: الرَّدُّ بِالْعَيْبِ لَا يَمْتَنِعُ بِزَوَالِ الْمَلِكِ إِذَا لَمْ يَدُلَّ عَلَى الرِّضَا، وَهَاهُنَا مُخْتَلَفٌ فِي إِحْقَاقِهَا بِأَحَدِ التَّوَعَيْنِ وَهِيَ مُحْتَمَلَةٌ:

فَمِنْهَا: رُجُوعُ الْأَبِ فِيمَا وَهَبَهُ لَوَلَدِهِ إِذَا أَخْرَجَهُ الْابْنُ عَنْ مِلْكِهِ ثُمَّ عَادَ إِلَيْهِ فَهَلْ يَسْقُطُ حَقُّهُ مِنَ الرَّجُوعِ أَمْ لَا^(١)؟

وَمِنْهَا: رُجُوعُ غَرِيمِ الْمُفْلِسِ فِي السَّلْعَةِ الَّتِي وَجَدَهَا بِعَيْنِهَا وَكَانَ الْمُفْلِسُ قَدْ أَخْرَجَهَا عَنْ مِلْكِهِ ثُمَّ عَادَتْ إِلَيْهِ، وَفِي الْمَسْأَلَتَيْنِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: لَا حَقَّ لَهَا فِيهَا، لِأَنَّ حَقَّهُمَا مُتَعَلِّقٌ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ الْمُتَلَقَّى عَنْهُمَا.

وَالثَّانِي: غَيْرُ مُتَعَلِّقٍ عَنْهُمَا فَلَا يَسْتَحِقُّانِ فِيهِ رُجُوعًا.

وَالثَّالِثُ: لَهَا رُجُوعُ نَظَرًا إِلَى أَنَّ حَقَّهُمَا ثَابِتٌ فِي الْعَيْنِ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ فَاشْبَهَ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ.

وَالرَّابِعُ: إِنْ عَادَ بِمِلْكٍ جَدِيدٍ سَقَطَ حَقُّهُمَا، وَإِنْ عَادَ بِفَسْخِ الْعَقْدِ فَلَهُمَا الرُّجُوعُ، لِأَنَّ الْمَلِكَ الْعَائِدَ بِالْفَسْخِ تَابِعٌ لِلْمَلِكِ الْأَوَّلِ فَإِنَّ الْفَسْخَ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ الْحَادِثِ فَيَعُودُ الْمَلِكُ كَمَا كَانَ.

وَمِنْهَا: الْفِرَاشُ، فَإِذَا وَطِئَ أَمَةً ثُمَّ بَاعَهَا وَوَطِئَ أُخْتَهَا بِالْمَلِكِ، ثُمَّ عَادَتْ الْأُولَى إِلَى مِلْكِهِ فَهَلْ يَعُودُ الْفِرَاشُ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَشْهُرُهُمَا: أَنَّهُ يَعُودُ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ؛ فَيَجِبُ عَلَيْهِ اجْتِنَابُهُمَا حَتَّى يُحَرَّمَ إِحْدَاهُمَا.

وَالثَّانِي: لَهُ اسْتِدَامَةُ اسْتِفْرَاشِ الثَّانِيَةِ وَيَجْتَنِبُ الرَّاجِعَةَ لِرِزْوَالِ الْفِرَاشِ فِيهَا بِزَوَالِ الْمَلِكِ وَهُوَ اخْتِيَارُ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ.

* * *

القاعدة الحادية والأربعون:

إِذَا تَعَلَّقَ بِعَيْنٍ حَقٌّ تَعَلُّقًا لَازِمًا فَاتَّلَفَهَا مَنْ يَلْزِمُهُ الضَّمَانُ فَهَلْ يَعُودُ الْحَقُّ إِلَى الْبَدَلِ

(١) وعند الحنفية: يجوز للأب أن يرجع فيما وهب لابنه. حاشية ابن عابدين (٤١٦/٨). وعند الشافعية كذلك، بينما ذهب الإمام أحمد إلى عدم جواز ذلك تأسيساً على أنه لا يجوز للوهاب الرجوع في الهبة كحديث «العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه» لكن الجمهور استثنى من هذا الحكم رجوع الأب لأن الولد وماله لأبيه بحديث «أنت ومالك لأبيك». فتح الباري (٢١٥/٥).

وعلى أية حال فإن للأب الرجوع إذا عاد المال إلى الابن مرة أخرى أما إذا خرج من ملكه بأي وجه من الوجوه فلا يحل للأب الرجوع جمعاً بين الحديتين وعملاً على استقرار المعاملات.

الْمَأْخُودِ مِنْ غَيْرِ عَقْدٍ آخَرَ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ أَتْلَفَ الرَّهْنُ مُتْلَفٌ وَأَخِذَتْ قِيمَتُهُ فَظَاهِرُ كَلَامِهِمْ أَنَّهَا تَكُونُ رَهْنًا بِمُجَرَّدِ الْأَخْذِ وَفَرَعَ الْقَاضِي عَلَى ذَلِكَ أَنَّ الْوَكِيلَ فِي بَيْعِ الْمُتْلَفِ يَمْلِكُ بَيْعَ الْبَدَلِ الْمَأْخُودِ بِغَيْرِ إِذْنِ جَدِيدٍ وَخَالَفَهُ صَاحِبُ الْكَافِي وَالتَّلْخِصِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي الْخَطَّابِ فِي الْإِنْتِصَارِ فِي مَسْأَلَةِ إِبْدَالِ الْأُضْحِيَّةِ أَنَّهُ لَا يَصِيرُ رَهْنًا إِلَّا بِجَعْلِ الرَّاهِنِ.

وَمِنْهَا: الْوَقْفُ إِذَا أَتْلَفَهُ مُتْلَفٌ وَأَخِذَتْ قِيمَتُهُ فَاشْتَرَى بِهَا بَدْلَهُ فَهَلْ يَصِيرُ وَقْفًا بِدُونِ إِنْشَاءِ الْوَقْفِ عَلَيْهِ مِنَ النَّظَرِ حَكَى بَعْضُ الْأَصْحَابِ فِي ذَلِكَ وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَتْلَفَ الْأُضْحِيَّةَ مُتْلَفٌ وَأَخِذَتْ مِنْهُ الْقِيَمَةُ أَوْ بَاعَهَا مَنْ أَوْجَبَهَا ثُمَّ اشْتَرَى بِالْقِيَمَةِ أَوْ التَّمَنِ مِثْلَهَا فَهَلْ تَصِيرُ مُتَعَيَّنَةً بِمُجَرَّدِ الشِّرَاءِ يَتَخَرَّجُ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: الْمُوصَى لَهُ بِعَيْنٍ إِذَا أَتْلَفَهَا مُتْلَفٌ بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ فَحَقُّهُ بَاقٍ فِي بَدْلِهَا.

* * *

القاعدة الثانية والأربعون:

فِي آدَاءِ الْوَاجِبَاتِ الْمَالِيَّةِ وَهِيَ مُنْقَسِمَةٌ إِلَى دَيْنٍ وَعَيْنٍ فَأَمَّا الدَّيْنُ فَلَا يَجِبُ آدَاؤُهُ بِدُونِ مُطَالَبَةِ الْمُسْتَحِقِّ إِذَا كَانَ آدَمِيًّا حَتَّى ذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي جَوَازِ السَّفَرِ قَبْلَ الْمُطَالَبَةِ وَجْهَيْنِ، وَهَذَا مَا لَمْ يَكُنْ قَدْ عَيْنَ لَهُ وَقْتًا لِلْوَفَاءِ فَأَمَّا إِنْ عَيْنَ وَقْتًا كَيَوْمٍ كَذَا فَلَا يَتَّبِعِي أَنْ يُجَوِّزَ تَأْخِيرَهُ عَنْهُ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ لِلتَّوَقُّفِ إِلَّا وَجُوبُ الْآدَاءِ فِيهِ بِدُونِ مُطَالَبَةٍ، فَإِنْ تَعَيَّنَ الْوَفَاءُ فِيهِ أَوَّلًا كَالْمُطَالَبَةِ بِهِ وَأَمَّا إِنْ كَانَ الدَّيْنُ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَلَا مَذْهَبَ أَنَّهُ يَجِبُ آدَاؤُهُ عَلَى الْفَوْرِ لِتَوَجُّهِ الْأَمْرِ بِآدَائِهِ مِنَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، وَدَخَلَ فِي ذَلِكَ الزَّكَاةُ وَالْكَفَّارَاتُ وَالتَّذَوُّرُ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى إِجْبَارِ الْمُظَاهِرِ عَلَى الْكُفَّارَةِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ هَانِيٍّ وَأَمَّا الْعَيْنُ فَأَنْوَاعُ:

مِنْهَا: الْأَمَانَاتُ الَّتِي حَصَلَتْ فِي يَدِ الْمُؤْتَمِنِ بِرِضَى صَاحِبِهَا فَلَا يَجِبُ آدَاؤُهَا إِلَّا بَعْدَ الْمُطَالَبَةِ مِنْهُ وَدَخَلَ فِي ذَلِكَ الْوَدِيعَةُ وَكَذَلِكَ أَمْوَالُ الشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ وَالْوَكَالَةِ مَعَ بَقَاءِ عَقُودِهَا.

وَمِنْهَا: الْأَمَانَاتُ الْحَاصِلَةُ فِي يَدِهِ بِدُونِ رِضَى أَصْحَابِهَا فَيَجِبُ الْمُبَادَرَةُ إِلَى رَدِّهَا مَعَ الْعِلْمِ بِمُسْتَحَقِّهَا وَالتَّمَكُّنِ مِنْهُ وَلَا يَجُوزُ التَّأْخِيرُ مَعَ الْقُدْرَةِ وَدَخَلَ فِي ذَلِكَ اللَّقْطَةُ إِذَا عَلِمَ صَاحِبُهَا وَالْوَدِيعَةُ وَالْمُضَارَبَةُ وَالرَّهْنُ وَنَحْوُهَا إِذَا مَاتَ الْمُؤْتَمِنُ وَانْتَقَلَتْ إِلَى وَارِثِهِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ الْإِمْسَاكُ بِدُونِ إِذْنِ لَأَنَّ الْمَالِكَ لَمْ يَرْضَ بِهِ وَكَذَا لَوْ أَطَارَتْ الرِّيحُ ثَوْبًا إِلَى دَارِهِ لِغَيْرِهِ

لَا يَجُوزُ لَهُ الْإِمْسَاكُ مَعَ الْعِلْمِ بِصَاحِبِهِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْأَصْحَابِ قَالُوا هَاهُنَا: الْوَاجِبُ الرَّدُّ وَصَرَحَ كَثِيرٌ مِنْهُمْ بِأَنَّ الْوَاجِبَ أَحَدُ شَيْئَيْنِ إمَّا الرَّدُّ أَوْ الْإِعْلَامُ كَمَا فِي الْمُغْنِي وَالْمُحَرَّرِ وَالْمُسْتَوْعِبِ وَنَحْوِهِ ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَهُوَ مُرَادٌ غَيْرُهُمْ لِأَنَّ مُؤَنَةَ الرَّدِّ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ وَإِنَّمَا الْوَاجِبُ التَّمَكِينُ مِنَ الْأَخِذِ، ثُمَّ إِنَّ الثَّوْبَ هَلْ يَحْصُلُ فِي يَدِهِ بِسُقُوطِهِ فِي دَارِهِ مِنْ غَيْرِ إِمْسَاكٍ لَهُ أَمْ لَا؟ قَالَ الْقَاضِي: لَا يَحْصُلُ فِي يَدِهِ بِذَلِكَ وَخَالَفَ ابْنُ عَقِيلٍ وَالْخِلَافُ هُنَا مُتَزَلٌّ عَلَى الْخِلَافِ فِيمَا حَصَلَ فِي أَرْضِهِ مِنَ الْمُبَاحَاتِ هَلْ يَمْلِكُهَا بِذَلِكَ أَمْ لَا، وَكَذَلِكَ حُكْمُ الْأَمَانَاتِ إِذَا فَسَخَهَا الْمَالِكُ كَالْوَدِيعَةِ وَالْوَكَالَةِ وَالشَّرَكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ يَجِبُ الرَّدُّ عَلَى الْفَوْرِ لِزَوَالِ الْإِثْمَانِ صَرَحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْفَسْخُ فِي حَضْرَةِ الْأَمِينِ أَوْ غَيْبَتِهِ وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُ يَجِبُ فِعْلُ الرَّدِّ فَإِنَّ الْعِلْمَ هُنَا حَاصِلٌ لِلْمَالِكِ وَكَذَلِكَ جَعَلَ ضَمَانَ الزَّكَاةِ مَبْنًى عَلَى حُصُولِهَا فِي يَدِهِ بِغَيْرِ رِضَى الْمُسْتَحَقِّ وَأَوْجَبَ عَلَيْهِ الْبَدَاءَ بِالْإِدْفَعِ وَقَاسَهَا عَلَى اللَّفْظَةِ وَنَحْوِهَا فَدَلَّ عَلَى أَنَّ فِعْلَ الدَّفْعِ فِي هَذِهِ الْأَعْيَانِ عِنْدَهُ وَاجِبٌ وَعَلَى قِيَاسِ ذَلِكَ الرَّهْنُ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ وَالْعَيْنُ الْمُؤَجَّرَةُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ، وَذَكَرَ طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ فِي الْعَيْنِ الْمُؤَجَّرَةِ أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ فِعْلُ الرَّدِّ وَمِنْهُمْ مَنْ ذَكَرَ فِي الرَّهْنِ كَذَلِكَ وَسَيَأْتِي فِي الْقَاعِدَةِ الَّتِي تَلِيهَا وَأَمَّا الْأَعْيَانُ الْمَمْلُوكَةُ بِالْعُقُودِ قَبْلَ وَمُزْدَلِفَةٌ فَلَا ظَهَرَ أَنَّهَا مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ لِأَنَّ الْمَالِكَ لَمْ يَرْضَ بِإِبْقَائِهَا فِي يَدِ الْآخَرِ فَيَجِبُ التَّمَكِينُ مِنَ الْأَخِذِ ابْتِدَاءً بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا حِسُّ الْمَبِيعِ عَلَى الثَّمَنِ وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الصَّدَاقِ أَنَّهُ إِذَا تَلَفَ قَبْلَ الْمُطَالَبَةِ أَوْ بَعْدَهَا قَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنَ الْإِدَاءِ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ كَسَائِرِ الْأَمَانَاتِ وَقَاسَهُ عَلَى مَنْ أَطَارَتِ الرِّيحُ إِلَى دَارِهِ ثَوْبًا، وَهَذَا الْكَلَامُ فِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّ الثَّوْبَ لَا يَقِفُ ضَمَانُهُ عَلَى الْمُطَالَبَةِ لَكِنَّ مُرَادَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، أَنَّ الْعِلْمَ يَكْفِي فَمَتَى كَانَ الْمَالِكُ عَالِمًا وَلَمْ يَطْلُبْ فَلَا ضَمَانَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُؤَنَةُ الرَّدِّ وَاجِبَةً عَلَى مَنْ هُوَ عِنْدَهُ وَهَذَا أَحْسَنُ.

وَيَنْهَا: الْأَعْيَانُ الْمَضْمُونَةُ فَتَجِبُ الْمُبَادَرَةُ إِلَى الرَّدِّ بِكُلِّ^(١) حَالٍ وَسَوَاءٌ كَانَ حُصُولُهَا فِي يَدِهِ بِفِعْلِ مَبَاحٍ أَوْ مُحْظُورٍ أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ فَلَا أَوَّلَ كَالْعَوَارِي يَجِبُ رَدُّهَا إِذَا اسْتَوْفَى مِنْهَا الْغَرَضُ الْمُسْتَعَارَ لَهُ، قَالَ الْأَصْحَابُ: وَهَذَا إِذَا انْتَهَى قَدْرُ الْإِنْتِفَاعِ الْمَأْدُونِ فِيهِ مُتَوَجَّهٌ وَسَوَاءٌ طَالَبَ الْمَالِكُ أَوْ لَمْ يَطْلُبْ لِأَنَّهَا مِنْ قَبِيلِ الْمَضْمُونَاتِ فَهِيَ شَبِيهَةٌ بِالْمَغْضُوبِ

(١) على أنه إذا كانت العين غير مضمونة على من هي بيده كالوديعة والمال في يد الشريك والوكيل والوصى فلا يصح ضمانها؛ لأن الواجب فيها التحلية دون الرد. حواشي الشروا (٥/٢٥٢).

وَكَذَلِكَ حُكْمُ الْمَقْبُوضِ مَخَافَتَهُ وَيُسْتَشَى مِنْ ذَلِكَ الْمَيْعُ الْمَضْمُونُ عَلَى بَائِعِهِ فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ سِوَى تَمْيِيزِهِ وَتَمْكِينِ الْمُشْتَرِي مِنْ قَبْضِهِ لِأَنَّنَا نَقْلُهُ عَلَى الْمُشْتَرِي دُونَ الْبَائِعِ، وَالثَّانِي كَالْمَقْصُوبِ وَالْمَقْبُوضِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ وَنَحْوِهِمَا، وَالثَّلَاثُ كَالزَّكَاةِ إِذَا قُلْنَا: تَجِبُ فِي الْعَيْنِ فَتَجِبُ الْمُبَادَرَةُ إِلَى الدَّفْعِ إِلَى الْمُسْتَحِقِّ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ، لِأَنَّهَا مِنْ قَبِيلِ الْمَضْمُونَاتِ عِنْدَنَا وَكَذَلِكَ الصَّيْدُ إِذَا حُرِّمَ وَهُوَ فِي يَدِهِ أَوْ حَصَلَ فِي يَدِهِ بَعْدَ الْإِحْرَامِ بِغَيْرِ فِعْلٍ مِنْهُ.

* * *

القاعدة الثالثة والأربعون:

فِيمَا يَضْمَنُ مِنَ الْأَعْيَانِ بِالْعَقْدِ أَوْ بِالْيَدِ الْقَائِضُ لِمَالٍ غَيْرِهِ، لَا يَخْلُو إِمَّا يَقْبِضُهُ بِإِذْنِهِ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَإِنْ قَبِضَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَإِنْ اسْتَدَّ إِلَى إِذْنٍ شَرْعِيٍّ كَاللَّقْطَةِ لَمْ يَضْمَنْ وَكَذَا إِنْ اسْتَدَّ إِلَى إِذْنٍ عُرْفِيٍّ كَالْمُنْفَذِ لِمَالٍ غَيْرِهِ مِنَ التَّلَفِ وَنَحْوِهِ وَحَكَى فِي التَّلْخِصِ وَجْهًا بِضَمَانِ هَذَا وَفِيهِ بَعْدُ وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّ مَنْ أَخَذَ عَبْدًا أَبَقًا لِرَدِّهِ فَأَبَقَ مِنْهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لَكِنْ قَدْ يُقَالُ هُنَا إِذْنٌ شَرْعِيٌّ فِي أَخْذِ الْأَبْقَى لِرَدِّهِ وَإِنْ خَلَا عَنْ ذَلِكَ كُلِّهِ فَهُوَ مُتَعَدٌّ وَعَلَيْهِ الضَّمَانُ فِي الْجُمْلَةِ هَذَا إِذَا كَانَ أَصْلُ الْقَبْضِ غَيْرَ مُسْتَدٍّ إِلَى إِذْنٍ، أَمَّا إِنْ وَجَدَ اسْتِدَامَةً قَبْضٍ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ فِي الْاسْتِدَامَةِ فَهَهُنَا ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يَكُونَ عَقْدٌ عَلَى مِلْكِهِ عَقْدًا لازِمًا يَنْقُلُ الْمِلْكَ فِيهِ وَلَمْ يَقْبِضْهُ الْمَالِكُ بَعْدُ فَإِنْ كَانَ مُتَمَتِّعًا مِنْ تَسْلِيمِهِ فَهُوَ غَاصِبٌ إِلَّا حَيْثُ يَجُوزُ الْامْتِنَاعُ مِنَ التَّسْلِيمِ كَتَسْلِيمِ الْعَوَاضِ عَلَى وَجْهِ أَوْ لِكَوْنِهِ رَهْنًا عِنْدَهُ أَوْ لَاسْتِثْنَائِهِ مِنْفَعَتَهُ مُدَّةً وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَمَتِّعًا مِنَ التَّسْلِيمِ بَلْ بِأَذَلٍّ لَهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَبْهُمَاً لَمْ يَتَّعِنَ بَعْدُ كَقَفْزٍ مِنْ صَبْرَةٍ فَإِنَّ عَلَيْهِ ضَمَانَهُ فِي الْجُمْلَةِ وَيَمَّاذَا يَخْرُجُ مِنْ ضَمَانِهِ قَالَ الْخِرَقِيُّ وَالْأَصْحَابُ لَا يَزُولُ ضَمَانُهُ بِدُونِ قَبْضِ الْمُشْتَرِي وَهَلْ يَحْصُلُ الْقَبْضُ بِمُجَرَّدِ التَّخْلِيَةِ مَعَ التَّمْيِيزِ أَوْ لَا يَحْصُلُ بِدُونِ النَّقْلِ فِيمَا يُنْقَلُ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ فَإِنْ اعْتَبَرْنَا النَّقْلَ امْتَدَّ الضَّمَانُ إِلَيْهِ وَهَلْ يَسْقُطُ بِتَقْرِيطِ الْمُشْتَرِي فِي النَّقْلِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ أَشْهُرُهُمَا: أَنَّهُ يَسْقُطُ بِهِ. وَالثَّانِي: لَا يَسْقُطُ حَتَّى يَوْجَدَ النَّقْلُ بِكُلِّ حَالٍ.

وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي مَسْأَلَةِ الْجَوَائِحِ أَنَّهُ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ وَفِيهِ بَعْدُ ثُمَّ وَجَدْتُهُ مَنْصُوصًا صَرِيحًا عَنْ أَحْمَدَ فِي الثَّمَرَةِ الْمُشْتَرَاةِ قَبْلَ صَلَاحِهَا بِشَرْطِ الْقَطْعِ إِذَا أَخْرَجَهَا

المُشْتَرِي حَتَّى تَلَفَتْ بِجَائِحَةٍ قَبْلَ صَلَاحِهَا أَنَّهُمَا مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ مُعْلَلًا بِأَنَّهَا فِي مِلْكِ الْبَائِعِ وَفِي حُكْمِهِ نَقْلُهُ عَنْهُ الْحَسَنُ بْنُ ثَوَابٍ وَإِنْ اعْتَبَرْنَا التَّخْلِيَةَ مَعَ التَّمْيِيزِ وَهُوَ الصَّحِيحُ فَلَا تَنَالُهُ يَحْصُلُ بِهِ التَّمَكُّنُ مِنَ الْقَبْضِ وَلِهَذَا يَنْتَقِلُ الضَّمَانُ فِي بَيْعِ الْأَعْيَانِ الْمُتَمَيِّزَةِ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ عَلَى الْمَذْهَبِ لِحُصُولِ التَّمَكُّنِ مِنَ الْقَبْضِ، وَلَعَلَّ اشْتِرَاطَ النَّقْلِ إِنَّمَا يُخْرِجُ عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى وَهِيَ ضَمَانُ جَمِيعِ [الْأَعْيَانِ] قَبْلَ الْقَبْضِ فَلَا يَنْتَقِلُ الضَّمَانُ [هُنَا] إِلَّا بِحَقِيقَةِ الْقَبْضِ دُونَ التَّمَكُّنِ مِنْهُ وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ لِأَنَّ الَّذِي يَجِبُ عَلَى الْبَائِعِ التَّمْيِيزُ وَالتَّخْلِيَةُ وَهُوَ التَّسْلِيمُ فَأَمَّا النَّقْلُ فَوَاجِبٌ عَلَى الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ فِيهِ تَفَرُّعٌ لِمِلْكِ الْبَائِعِ مِنْ مَالِهِ فَيَكُونُ بِتَرْكِهِ مُقَرَّطًا فَيَنْتَقِلُ الضَّمَانُ إِلَيْهِ وَيَشْهَدُ لَهُ شِرَاءُ الثَّمَرِ فِي رُءُوسِ النَّخْلِ فَإِنَّ الضَّمَانَ يَنْتَقِلُ فِيهِ بِمُجَرَّدِ انْتِهَاءِ الثَّمَرِ إِلَى أَوَانِ أَخْذِهِ وَصَلَاحَتِهِ لَهُ سَوَاءً قَطَعَهُ الْمُشْتَرِي أَوْ لَمْ يَقْطَعْهُ عَلَى الصَّحِيحِ وَلَكِنْ هَلْ يُعْتَبَرُ لَانْتِقَالِ الضَّمَانِ التَّمَكُّنُ مِنَ الْقَطْعِ أَمْ لَا؟ خَرَجَهَا ابْنُ عَقِيلٍ عَلَى وَجْهَيْنِ مِنَ الزَّكَاةِ وَرَجَّحَ عَدَمَ اعْتِبَارِ التَّمَكُّنِ وَالَّذِي عَلَيْهِ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ اعْتِبَارُ التَّمَكُّنِ مِنَ النَّقْلِ فِي جَمِيعِ الْأَعْيَانِ فَلَا يَزَالُ فِي ضَمَانِ الْبَائِعِ حَتَّى يَحْصُلَ تَمَكُّنُ الْمُشْتَرِي مِنَ النَّقْلِ وَصَرَّحَ ابْنُ عَقِيلٍ بِخِلَافِ ذَلِكَ وَأَنَّهُ يَضْمَنُ الْأَعْيَانُ الْمُتَمَيِّزَةُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ سَوَاءً تَمَكَّنَ مِنَ الْقَبْضِ أَوْ لَمْ يَتَمَكَّنْ كَمَا قَالَ فِي مَسْأَلَةِ الْجَوَائِحِ وَكَذَلِكَ حُكْمُ الْمَمْلُوكِ بِصُلْحٍ أَوْ خُلْعٍ أَوْ صَدَاقٍ.

الْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ يَعْقِدَ عَلَيْهِ عَقْدًا وَيَنْقُلُهُ إِلَى يَدِ الْمَعْقُودِ لَهُ ثُمَّ يَنْتَهِي الْعَقْدُ أَوْ يَنْفَسَخُ وَهُوَ نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ عَقْدَ مُعَاوَضَةٍ كَالْبَيْعِ إِذَا انْفَسَخَ بَعْدَ قَبْضِهِ بِعَيْبٍ أَوْ خِيَارٍ وَالْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ إِذَا انْتَهَتْ الْمُدَّةُ أَوْ الْعَيْنُ الَّتِي أَصْدَقَهَا الْمَرْأَةُ وَأَقْبَضَهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ غَيْرَ مُعَاوَضَةٍ كَعَقْدِ الرَّهْنِ إِذَا وَفَّى الدَّيْنَ وَكَعَقْدِ الشَّرَكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ الْوَدِيعَةِ وَالْوَكَالَةِ إِذَا فُسَخَ الْعَقْدُ وَالْمَالُ فِي أَيْدِيهِمْ فَأَمَّا عَقُودُ الْمُعَاوَضَاتِ فَيَتَوَجَّهُ فِيهَا لِلْأَصْحَابِ وَجُوهٌ:

أَحَدُهَا: أَنَّ حُكْمَ الضَّمَانِ بَعْدَ زَوَالِ الْعَقْدِ حُكْمُ ضَمَانِ الْمَالِكِ الْأَوَّلِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَإِنْ كَانَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ بَعْدَ انْتِهَاءِ الْعَقْدِ مَضْمُونًا لَهُ وَإِلَّا فَلَا وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي الْخَطَّابِ وَصَاحِبِ الْكَفَافِي فِي آخَرَيْنِ اعْتِبَارًا لِأَحَدِ الضَّمَانَيْنِ بِالْآخِرِ فَعَلَى هَذَا إِنْ كَانَ عَوَضًا فِي بَيْعٍ أَوْ نِكَاحٍ وَكَانَ مُتَمَيِّزًا لَمْ يَضْمَنْ عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُتَمَيِّزٍ ضَمِنَ وَإِنْ كَانَ فِي إِجَارَةٍ ضَمِنَ

بِكُلِّ حَالٍ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: إِنْ كَانَ انْتِهَاءُ الْعَقْدِ بِسَبَبٍ يَسْتَقِلُّ بِهِ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ كَفَسَخَ الْمُشْتَرِي أَوْ يَشَارِكُ فِيهِ الْآخَرُ كَالْفَسَخِ مِنْهُمَا فَهُوَ ضَامِنٌ لَهُ لِأَنَّهُ يُسَبِّبُ إِلَى جَعْلِ مِلْكٍ غَيْرِهِ فِي يَدِهِ وَإِنْ اسْتَقْلَّ بِهِ الْآخَرُ كَفَسَخَ الْبَائِعَ وَطَلَّاقَ الزَّوْجِ فَلَا ضَمَانَ لِأَنَّهُ حَصَلَ فِي يَدِهِ هَذَا بِغَيْرِ سَبَبٍ مِنْهُ وَلَا عُدْوَانٍ فَهُوَ كَمَا لَوْ أَلْقَى ثَوْبَهُ فِي دَارِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، وَهَذَا الْوَجْهُ ظَاهِرٌ مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُعْنِيِّ فِي مَسْأَلَةِ الصَّدَاقِ وَعَلَى هَذَا يَتَوَجَّهُ ضَمَانُ الْعَيْنِ الْمُؤَجَّرَةِ بَعْدَ انْتِهَاءِ الْمُدَّةِ لِأَنَّهُ تَسَبَّبَ إِلَى رَفْعِ الْعَقْدِ مَعَ الْمُؤَجَّرِ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الْإِذْنَ فِي الْقَبْضِ إِنَّمَا كَانَ لَازِمًا لِوُجُوبِ الدَّفْعِ لِلْمِلْكِ وَلِهَذَا يَتَمَلَّكُ الْمُشْتَرِي وَالْمُسْتَأْجِرُ أَخَذَهُ بِدُونِ إِذْنِهِ فَيَعِدُّ زَوَالَ الْمِلْكِ لَا يُوْجَدُ إِذْنٌ سَابِقٌ وَلَا لَاحِقٌ وَلَوْ قُدِّرَ وَجُودُ الْإِذْنِ فِي الْقَبْضِ فَإِنَّمَا أَذِنَ فِي قَبْضِ مَا مِلَّكَ عَلَيْهِ فَلَا يَكُونُ إِذْنًا فِي قَبْضِ مِلْكِهِ هُوَ.

وَالْوَجْهُ الثَّلَاثُ: حُكْمُ الضَّمَانِ بَعْدَ الْفَسَخِ حُكْمٌ مَا قَبْلَهُ فَإِنْ كَانَ مَضْمُونًا فَهُوَ مَضْمُونٌ وَإِلَّا فَلَا يَكُونُ الْبَيْعُ بَعْدَ فُسْخِهِ مَضْمُونًا لِأَنَّهُ كَانَ مَضْمُونًا عَلَى الْمُشْتَرِي بِحُكْمِ [الْعَقْدِ وَلَا] يَزُولُ الضَّمَانُ بِالْفَسَخِ صَرَّحَ بِذَلِكَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَمُقْتَضَى هَذَا ضَمَانُ الصَّدَاقِ عَلَى الْمَرْأَةِ وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامَ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ وَأَنَّهُ لَا ضَمَانَ فِي الْإِجَارَةِ لِأَنَّ الْعَيْنَ لَمْ تَكُنْ مَضْمُونَةً مِنْ قَبْلُ، وَصَرَّحَ بِذَلِكَ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ. يُوْجَدُ أَنَّ الْمَيْعَ وَالصَّدَاقَ إِنَّمَا أَقْبَضَهُ لَا تَنْتَقَالُ مِلْكُهُ عَنْهُ بِخِلَافِ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ فَإِنَّهُ أَقْبَضَهَا مَعَ عِلْمِهِ بِأَنَّهَا مِلْكُهُ فَكَانَ إِذْنًا فِي قَبْضِ مِلْكِهِ بِخِلَافِ الْأَوَّلِ، حَتَّى قَالَ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ: لَوْ عَجَّلَ أَجْرَتَهَا ثُمَّ انْفَسَخَتْ قَبْلَ انْتِهَاءِ الْمُدَّةِ فَلَهُ حَبْسُهَا حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْأَجْرَةَ وَلَا يَكُونُ ضَامِنًا.

وَالْوَجْهُ الرَّابِعُ: أَنَّهُ لَا ضَمَانَ فِي الْجَمِيعِ وَيَكُونُ الْمَيْعُ بَعْدَ فُسْخِهِ أَمَانَةً مَحْضَةً صَرَّحَ بِذَلِكَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الْإِنْتِصَارِ لِأَنَّهُ حَصَلَ تَحْتَ يَدِهِ مِلْكٌ غَيْرُهُ بِغَيْرِ عُدْوَانٍ فَلَمْ يَضْمَنْهُ كَمَا لَوْ أَطَارَتْ الرِّيحُ إِلَيْهِ ثَوْبًا، وَكَذَلِكَ اخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الصَّدَاقِ بَعْدَ الطَّلَاقِ.

وَالْوَجْهُ الْخَامِسُ: التَّفْرِيقُ بَيْنَ أَنْ يَنْتَهِيَ الْعَقْدُ أَوْ يُطَلَّقَ الزَّوْجُ، وَبَيْنَ أَنْ يَنْفَسَخَ الْعَقْدُ فِيهِ الْأَوَّلُ يَكُونُ أَمَانَةً مَحْضَةً لِأَنَّ حُكْمَ الْمَالِكِ ارْتَفَعَ وَعَادَ مِلْكًا لِلأَوَّلِ، وَفِي الْفَسَخِ يَكُونُ مَضْمُونًا لِأَنَّ الْفَسَخَ يَرْفَعُ حُكْمَ الْعَقْدِ بِالْكُلِّيَّةِ فَيَصِيرُ مَضْمُونًا بِغَيْرِ عَقْدٍ أَوْ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ فِي صُورَةِ الْبَيْعِ، وَمِمَّنْ صَرَّحَ بِذَلِكَ الْأَزْجِيُّ فِي النَّهَائَةِ وَصَاحِبُ التَّلْخِيصِ وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامَ

ابن عقيل في مسائل الرد بالعيب وصرح بأنه يضمن نقصه فيما قبل الفسخ وبعده بالقيمة لارتفاع العقد ويصير مقبوضاً على وجه السوم.

ونقل الأثر عن أحمد فيمن دفع [إلى] آخر ديناراً من شيء كان له عليه فخرج فيه نقص فقال: للدافع خذه وأعطني غيره فقال: أمسكه معك حتى أبدله لك فضاء الدينار فقال: ما أعلم عليه شيئاً إنما هو الساعة مؤتمن، فيحتمل أن يكون مراده أن المفسوخ يعيب بعد فسخه أمانة، ويحتمل وهو أظهر أن يكون إنما جعله أمانة لأمر المعطي بإمسكه له فهو كإيداعه منه^(١).

والنوع الثاني: عقود الشركات كالوكالة الوديعة والشركة والمضاربة والرهن إذا انتهت أو انفسخت والجهة إذا رجع فيها الأب، أو قيل بجواز فسخها مطلقاً كما أفتى به الشيخ تقي الدين ففيها وجهان:

أحدهما: أنها غير مضمونة صرح به القاضي وابن عقيل في الرهن وأنه لا يجب رده إلى صاحبه استصحاباً للإذن السابق والائتمان كما صرحوا به في الإجارة وكذلك صرح به القاضي وأبو الخطاب في خلافهما في بقية العقود المسماة وأنها تبقى أمانة كما لو أطارت الريح إلى داره ثوباً، هذا يحتمل أنه مع علم المالك بالحال لا يجب الدفع لأن الواجب التمكن منه لا حملته إليه كما تقدم. والفرق بين عقود الأمانات المحضبة والمعاوضات أن المعاوضات تضمن بالعقد وبالقبض فإذا كان عقدها مضمناً كان فسخها كذلك وعقود الأمانات لا تضمن بالعقد فكذلك بالفسخ.

والوجه الثاني: أنه يصير مضموناً إن لم يبادر إلى الدفع إلى المالك كمن أطارت الريح إلى داره ثوباً وصرح به القاضي في موضع آخر من خلافه في الوديعة والوكالة وكلام القاضي وابن عقيل يشعر بالفرق بين الوديعة والرهن فإنهما عللاً كون الرهن أمانة بأنه أمانة ووثيقة فإذا زالت الوثيقة بقيت الأمانة كما لو كان عنده وديعة فأذن له في بيعها ثم نهاه، وهذا التعليل مقتضاه الفرق بين الوديعة وبين الشركة والمضاربة والوكالة لأن هذه العقود كلها مشتملة على ائتمان وتصرف فإذا زال التصرف بقي الائتمان بخلاف الوديعة فإنه ليس فيها غير ائتمان مجرد فإذا زال صار ضامناً وحكمه المعصوب إذا أبرأ المالك الغاصب من

(١) الفقهاء جميعاً على أن الوديعة لا ضمان فيها إلا بالتعدي، ومتى طلبها صاحبها كان عليه ردّها على الفور ما دام ذلك ممكناً وإلا ضمن. جواهر العقود (١/٣٧٦).

ضَمَانَهَا كَمَا ذَكَرْنَا.

الْقِسْمُ الثَّالِثُ: أَنْ تُحْصَلَ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ فِعْلِهِ كَمَنْ مَاتَ مُورَثُهُ وَعِنْدَهُ وَدِيعَةٌ أَوْ شَرَكَةٌ أَوْ مُضَارَبَةٌ فَانْتَقَلَتْ إِلَى يَدِهِ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ الْإِمْسَاكُ بِدُونِ إِعْلَامِ الْمَالِكِ كَمَا سَبَقَ لِأَنَّ الْمَالِكَ لَمْ يَأْتِمْهُ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ هَانِئٍ فِي الرَّهْنِ أَنَّهُ لَا يَقْرَأُ فِي يَدِ الْوَصِيِّ حَتَّى يَقْرَأَهُ الْحَاكِمُ فِي يَدِهِ فَإِنْ تَلَفَتْ تَحْتَ يَدِهِ قَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنَ الْأَدَاءِ فَلَا ضَمَانَ لِعَدَمِ التَّقْرِيطِ، وَكَمَا لَوْ تَلَفَتْ اللَّقْطَةُ قَبْلَ ظَهْوَرِ الْمَالِكِ، وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ بِالضَّمَانِ كَمَا خَرَجَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْبَيْعِ، وَإِنْ تَلَفَتْ بَعْدَهُ فَالْمَشْهُورُ الضَّمَانُ لِتَعْدِيهِ بِتَرْكِ الرَّدِّ مَعَ إِمْكَانِهِ وَهُوَ غَيْرُ مُؤْتَمِّنٍ، وَحَكَى صَاحِبُ الْمُقْنَعِ وَجْهًا آخَرَ، وَأَشَارَ إِلَيْهِ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ وَيَكُونُ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ كَمَا لَوْ انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ ثُمَّ تَلَفَتْ الْعَيْنُ عِنْدَ الْمُسْتَأْجِرِ وَبَيْنَهُمَا فَرْقٌ فَإِنَّ الْمُسْتَأْجِرَ مُسْتَصْحِبٌ لِلْإِذْنِ فِي الْقَبْضِ بِخِلَافِ هَذَا وَكَذَلِكَ حُكْمٌ مِنْ أَطَارَتِ الرِّيحُ إِلَى بَيْتِهِ ثَوْبًا كَمَا سَبَقَ.

وَوَقَعَ فِي بَعْضِ كَلَامِ الْقَاضِي أَنَّهَا أَمَانَةٌ عِنْدَهُ وَلَعَلَّ مُرَادَهُ مَعَ عِلْمِ الْمَالِكِ وَإِمْسَاكِهِ عَنْ الْمُطَالَبَةِ فَيَكُونُ تَقْرِيرًا، وَلَوْ دَخَلَ حَيَوَانٌ لِغَيْرِهِ أَوْ عَبْدٌ لَهُ إِلَى دَارِهِ فَعَلِيهِ أَنْ يُخْرِجَهُ لِيَذْهَبَ كَمَا جَاءَ لِأَنَّ يَدَهُ لَمْ تَثْبُتْ عَلَيْهِمَا بِخِلَافِ الثَّوْبِ ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ.

* * *

فصل:

وَأَمَّا مَا قُبِضَ مِنْ مَالِكِهِ بِعَقْدٍ لَا يَحْصُلُ بِهِ الْمِلْكُ فَثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ:

أَحَدُهَا: مَا قُبِضَهُ أَخِذُهُ لِمَصْلَحَةٍ نَفْسِيَةٍ كَالْعَارِيَّةِ، فَهُوَ مَضْمُونٌ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ. قَالُوا: لِأَنَّ الْإِذْنَ إِنَّمَا تَعْلَقُ بِالِانْتِفَاعِ وَقَبْضُ الْعَيْنِ وَقَعَ مِنْ حَيْثُ الزُّرْمُ فَهُوَ كَقَبْضِ الْمُضْطَرِّ مَالٍ غَيْرِهِ لِإِحْيَاءِ نَفْسِهِ لَا يَسْقُطُ عَنْهُ الضَّمَانُ لِأَنَّ إِذْنَ الشَّرْعِ تَعْلَقُ بِإِحْيَاءِ نَفْسِهِ وَجَاءَ الْإِذْنُ فِي الْإِتْلَافِ مِنْ بَابِ الزُّرْمِ وَلَوْ وَهَبَهُ شَقِصًا مِنْ عَيْنٍ ثُمَّ أَقْبَضَهُ الْعَيْنُ كُلَّهَا فَفِي الْمُجَرَّدِ وَالْفُضُولِ يَكُونُ نَصِيبُ الشَّرِيكِ وَدِيعَةٌ عِنْدَهُ وَاسْتَدْرَكَ ذَلِكَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فِتْنَتِهِ وَقَالَ بَلْ هُوَ عَارِيَّةٌ حَيْثُ قَبْضُهُ لِيَنْتَفِعَ بِهِ بِلا عَوْضٍ، وَهَذَا صَحِيحٌ إِنْ كَانَ أَذِنَ لَهُ فِي الْإِنْتِفَاعِ بِهِ مَجَانًا، أَمَّا إِنْ طَلَبَ مِنْهُ أَجْرَةٌ فَفِي إِجَارَةٍ وَإِنْ لَمْ يَأْذِنْ لَهُ فِي الْإِنْتِفَاعِ بَلْ فِي الْحِفْظِ فَوَدِيعَةٌ، وَلَوْ قَالَ: أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ لِلْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ أَنْتَ حَيْسٌ عَلَى آخِرِنَا مَوْتًا لَمْ يَعْتَقِ لِمَوْتِ الْأَوَّلِ مِنْهُمَا وَيَكُونُ فِي يَدِ الثَّانِي عَارِيَّةً فَإِذَا مَاتَ عَتَقَ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ.

الْقِسْمُ الثَّانِي: مَا أَخَذَهُ لِمَصْلَحَةِ مَالِكِهِ خَاصَّةً كَالْمُودَعِ فَهُوَ أَمِينٌ مُحَضٌّ لَكِنْ إِذَا تَلَفَتْ الْوَدِيعَةُ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ فِيهِ ضَمَانُهُ خِلَافَ فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ يَبْنِيهِ عَلَى أَنَّ قَوْلَهُ هَلْ يَقْبَلُ فِي ذَلِكَ أَمْ لَا، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ تَلَفَهَا مِنْ بَيْنِ مَالِهِ أَمَارَةً عَلَى تَفْرِيطِهِ فِيهَا وَقَدْ فَرَّقَ أَحْمَدُ بَيْنَ الْعَارِيَةِ وَالْوَدِيعَةِ بِأَنَّ الْيَدَ فِي الْعَارِيَةِ أَخَذَهُ وَفِي الْوَدِيعَةِ مُعَاطَاةٌ وَهُوَ يَرْجِعُ إِلَى تَعْيِينِ جِهَةِ الْمَصْلَحَةِ فِيهِمَا وَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ وَالْوَكِيلُ بَغَيْرِ جُعْلٍ حَتَّى لَوْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ وَعَلَيْهِ [دَيْنٌ] فَوَكَّلَهُ فِي قَبْضِ مَالٍ لَهُ وَأَذِنَ لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ مِنْهُ فَتَلَفَ الْمَالُ قَبْلَ اسْتِيفَائِهِ فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُهُ نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ مَثْنَى الْأَنْبَارِيُّ.

الْقِسْمُ الثَّالِثُ: مَا قَبِضَهُ لِمَنْفَعَةٍ تَعُودُ إِلَيْهِمَا وَهُوَ نَوَعَانُ:

أَحَدُهُمَا: مَا أَخَذَهُ عَلَى وَجْهِ الْمِلْكِ فَتَبَيَّنَ فَسَادُهُ أَوْ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ فَأَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ الْمَقْبُوضُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ وَهُوَ مَضْمُونٌ فِي الْمَذْهَبِ لِأَنَّهُ قَبِضُهُ عَلَى وَجْهِ الضَّمَانِ وَلَا بُدَّ، وَنَقَلَ ابْنُ مَشِيشٍ وَحَرْبٌ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ كَالْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ. وَكَذَلِكَ صَرَّحَ بِجَرَيَانِ الْخِلَافِ فِيهِ ابْنُ الزَّاعُونِي فِي فَتَاوِيهِ وَنَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْهَبَةِ لِلثَّوَابِ إِنْ أَرَادَ رَدَّهَا عَلَى صَاحِبِهَا. وَقَدْ نَقَصَتْ بِغَيْرِ اسْتِعْمَالِهِ لَمْ يَضْمَنْ النَّقْصَ وَشَبَّهَهُ بِالرَّهْنِ وَتَاوَلَهُ الْقَاضِي بِتَأْوِيلٍ بَعِيدٍ جِدًّا وَقَدْ رَدَّهُ أَبُو الْبَرَكَاتِ فِي تَعْلِيْقِهِ عَلَى الْهَدَايَةِ ثُمَّ اخْتَارَ هُوَ تَخْرِيجَهُ عَلَى أَنَّ الْهَبَةَ لِلثَّوَابِ يَغْلِبُ فِيهَا حُكْمُ الْهَبَاتِ وَمِنْ حُكْمِ الْهَبَةِ أَنَّ لَا يَضْمَنْ نَقْصَهَا، قَالَ: وَلَا زِمُ هَذَا أَنْ تَقُولَ: لَا يَضْمَنْ قِيَمَتَهَا إِذَا تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَعَدٍّ، قَالَ: وَهَذَا عِنْدِي أَحْسَنُ الْوُجُوهِ، قَالَ: وَمَعَ هَذَا فَبِهِ نَظَرٌ، وَهُوَ كَمَا قَالَ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا فَرَّقَ بَيْنَ أَنْ تَنْقُصَ بِفِعْلِهِ أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ وَلَكَمَا صَحَّ تَشْبِيهُهُ بِالرَّهْنِ. وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي تَخْرِيجَهُ عَلَى أَحَدِ وَجْهَيْنِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى أَنَّ الْهَبَةَ بِالثَّوَابِ الْمَجْهُولِ فَاسِدَةٌ فَيَكُونُ [ذَلِكَ] مُوَافِقًا لِمَا رَوَى عَنْهُ فِي الْمَقْبُوضِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ أَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ وَإِمَّا عَلَى أَنَّهَا صَحِيحَةٌ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ لِقَوْلِهِ ثُمَّ أَرَادَ رَدَّهِ إِلَى مَالِكِهِ، فَذَلِكَ عَلَى أَنَّ لَهُ إِمْسَاكَهُ وَذَلِكَ لَا يَكُونُ [إِلَّا] مَعَ الصَّحَّةِ فَعَلَى هَذَا إِمَّا لَمْ يَضْمَنْهُ النَّقْصُ لِأَنَّ الْهَبَةَ لِلثَّوَابِ لَا تَمْلِكُ بِدُونِ دَفْعِ الْعَوَضِ وَكَذَلِكَ شَبَّهَهَا بِالرَّهْنِ وَسَتَزِيدُهُ إِضَاحًا فِي الْمَقْبُوضِ بِالسَّوْمِ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَأَمَّا الْمَقْبُوضُ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ يَحْكِي فِي ضَمَانِهِ رَوَايَتَيْنِ سَوَاءً أَخَذَ بِتَقْدِيرِ الثَّمَنِ أَوْ بِدُونِهِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي، وَأَبْنِ عَقِيلٍ وَصَحَّحَ الضَّمَانُ لِأَنَّهُ مَقْبُوضٌ عَلَى وَجْهِ الْبَدَلِ وَالْعَوَضِ فَهُوَ كَالْمَقْبُوضِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ ثُمَّ إِنْ كَانَ لَمْ يَقْدَرِ الثَّمَنُ ضَمِنَهُ

بِقِيمَتِهِ وَلَا فَهَلْ يَضْمَنُهُ بِالْقِيمَةِ أَوْ بِالثَمَنِ [الْمُقَدَّر]؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا ابْنُ عَقِيلٍ، وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى: إِنْ أَخَذَهُ مَعَ تَقْدِيرِ الثَّمَنِ لِإِثْرِهِ أَهْلَهُ فَإِنْ رَضُوهُ ابْتِاعَهُ فَهُوَ مَضْمُونٌ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَكَذَلِكَ إِنْ سَاوَمَ صَاحِبُهُ بِهِ وَلَمْ يَقْطَعْ ثَمَنَهُ وَأَخَذَهُ لِإِثْرِهِ أَهْلَهُ، وَإِنْ أَخَذَهُ بِإِذْنِ مَالِكِهِ مِنْ غَيْرِ سَوْمٍ وَلَا قَطْعٍ ثَمَنٍ لِإِثْرِهِ أَهْلَهُ فَإِنْ رَضُوهُ وَزَنَ ثَمَنَهُ فَفِيهِ رَوَايَتَانِ أَيْضًا أَظْهَرُهُمَا أَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ وَجَعَلَ السَّامِرِيُّ الضَّمَانَ فِيمَا قُطِعَ ثَمَنُهُ مِثْنًا عَلَى أَنَّهُ يَبِيعُ بِالْمُعَاطَةِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَجْرِي فِيهِ الْخِلَافُ إِذَا قُلْنَا: لَمْ يَنْعَقِدِ الْبَيْعُ بِذَلِكَ وَفِي كَلَامِ أَحْمَدَ إِمَاءٌ إِلَى ذَلِكَ، لِأَنَّهُ عُلِّلَ الضَّمَانُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ بِأَنَّهُ مِلْكُهُ وَعُلِّلَ فِي رَوَايَةِ غَيْرِهِ انْتِفَاءُ الضَّمَانِ فِيمَا إِذَا لَمْ يَقْطَعْ ثَمَنُهُ بِأَنَّهُ مِلْكٌ لِلْبَائِعِ بَعْدَ حَتَّى يَقْطَعَ ثَمَنُهُ فَفَهُمْ مِنْهُ أَنَّهُ مَعَ الْقَطْعِ يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ فِيهِ إِلَى الْمُشْتَرِي وَيُؤْخَذُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ الْمَقْبُوضَ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ لَا يَضْمَنُ أَيْضًا لِبَقَاءِ الْمِلْكِ فِيهِ لِمَالِكِهِ، وَكَذَلِكَ فَرَّقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَأْخُودُ سَلَمَتَيْنِ لِيُخْتَارَ أَيُّهُمَا شَاءَ فَلَا يَضْمَنُهَا وَبَيْنَ أَنْ يَكُونَ سِلْعَةً وَاحِدَةً وَهَذَا يَحْتَمِلُ ثَلَاثَةَ أُمُورٍ:

أَحَدُهَا: مَا قَالَ السَّامِرِيُّ أَنَّهُ يَبِيعُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ وَيَكُونُ الْمُعْلَقُ عَلَى الرِّضَا فَسَخُّهُ لَا عَقْدُهُ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ بَيْعًا مُعْلَقًا عَلَى شَرْطٍ فَقَدْ فَعَلَهُ أَحْمَدُ بِنَفْسِهِ لَمَّا رَهَنَ نَعْلَهُ بِالثَّمَنِ وَبَعِيدَ هَذَا أَنَّهُ لَمْ يَفَرِّقْ بَيْنَ أَنْ يَتَلَفَ قَبْلَ الرِّضَى بِهِ أَوْ بَعْدَهُ.

وَالثَّلَاثُ: أَنْ يَكُونَ بَيْعًا بِمُعَاطَةٍ تَرَخَى الْقَبُولُ فِيهِ عَنِ الْمَجْلِسِ وَقَدْ نَصَّ عَلَى صِحَّةِ مِثْلِ ذَلِكَ فِي النِّكَاحِ فِي رَوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ، وَمِنْ هَذَا النَّوعِ مَا إِذَا قَبَضَ الْمُشْتَرِي زِيَادَةً عَلَى حَقِّهِ غَلَطًا فَإِنَّهَا تَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ لِأَنَّهُ قَبَضَهَا عَلَى وَجْهِ الْعَوَضِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَالْأَصْحَابُ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَضْمَنَ عَلَى مَعْنَى تَعْلِيلِ أَحْمَدَ فِي الْمَقْبُوضِ بِالسَّوْمِ أَنَّهُ عَلَى مِلْكِ الْبَائِعِ وَمِنْ ذَلِكَ لَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ كَيْسًا، وَقَالَ لَهُ: اسْتَوْفِ مِنْهُ قَدْرَ حَقِّكَ فَفَعَلَ فَهَلْ يَصِحُّ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ بِنَاءً عَلَى قَبْضِ الْوَكِيلِ لِنَفْسِهِ مِنْ نَفْسِهِ وَالْمَنْصُوصِ الصَّحَّةَ نَصَّ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةِ الْأَثَرَمِ وَيَكُونُ الْبَاقِي فِي يَدِهِ وَدِيعَةً وَعَلَى عَدَمِ الصَّحَّةِ قَدْرَ حَقِّهِ كَالْمَقْبُوضِ بِالسَّوْمِ وَالْبَاقِي أَمَانَةٌ ذَكَرَهُ فِي التَّلْخِيصِ وَلَوْ دَفَعَ إِلَى غَرِيمٍ لَهُ نَقْدًا مِنْ غَيْرِ جِنْسٍ مَا عَلَيْهِ لِيُصَارَفَهُ عَلَيْهِ فِيمَا بَعْدَ فَهِيَ أَمَانَةٌ مُحْضَةٌ نَصَّ عَلَيْهِ مَعَ أَنَّهَا قُبِضَتْ مِنَ الْمَضْمُونِ لِلْمُعَاوَضَةِ، وَقِيَاسُ قَوْلِ الْأَصْحَابِ أَنَّهَا مَضْمُونَةٌ كَمَا قَالُوا فِي الضَّامِنِ إِذَا قَبِضَ مِنَ الْمَضْمُونِ عَنْهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ عَلَى وَجْهِ الاسْتِيفَاءِ مِنْهُ عِنْدَ الْوَفَاءِ أَنَّهُ مَضْمُونٌ لِقَبْضِهِ عَلَى وَجْهِ الْمُعَاوَضَةِ وَأَوَّلَى لِأَنَّ الْقَبْضَ هُنَا وَجِدَ قَبْلَ الاسْتِحْقَاقِ فَهُوَ كَمَا لَوْ أَقْبَضَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا

مَالًا عِوَضًا عَمَّا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهَا بِالطَّلَاقِ قَبْلَهُ.

النوع الثاني: مَا أُخِذَ لِمَصْلَحَتِهِمَا عَلَى غَيْرِ وَجْهِ التَّمْلِيكِ لِعَيْنِهِ كَالرَّهْنِ وَالْمُضَارَبَةِ وَالشَّرِكَةِ وَالْوَكَالَةِ بِجَعْلٍ وَالْوَصِيَّةِ كَذَلِكَ فَهَذَا كُلُّهُ أَمَانَةٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَفِي الرَّهْنِ رَوَايَةٌ أُخْرَى تَدُلُّ عَلَى ضَمَانِهِ وَتَأْوِلُهَا الْقَاضِي، وَاثْبَتَهَا ابْنُ عَقِيلٍ وَالْأَعْيَانُ الْمُسْتَأْجَرَةُ وَالْمَوْصَى بِمَنْفَعَتِهِ أَمَانَةٌ كَالرَّهْنِ لِأَنَّهُ مَقْبُوضٌ عَلَى وَجْهِ الاسْتِحْقَاقِ.

تنبيه: مِنَ الْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ مَا لَيْسَ لَهُ مَالِكٌ مِنَ الْخَلْقِ وَمَا لَهُ مَالِكٌ غَيْرُ مُعَيَّنٍ فَالْأَوَّلُ: كَالصَّبَدِ إِذَا قَبِضَهُ الْمُحْرَمُ فَإِنَّهُ يَجِبُ تَخْلِيَتُهُ وَإِرْسَالُهُ وَسَوَاءٌ ابْتَدَأَ قَبْضُهُ فِي الْإِحْرَامِ أَوْ كَانَ فِي يَدِهِ ثُمَّ أَحْرَمَ وَإِنْ تَلَفَ قَبْلَ إِرْسَالِهِ فَإِنْ كَانَ بَعْدَ التَّمَكُّنِ مِنْهُ وَجِبَ ضَمَانُهُ لِلتَّقْرِيطِ وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ لَزِمَهُ الضَّمَانُ فِيمَا ابْتَدَأَ قَبْضُهُ فِي الْإِحْرَامِ دُونَ مَا كَانَ فِي يَدِهِ قَبْلَهُ لِتَقْرِيطِهِ فِي الْأَوَّلَى دُونَ الثَّانِيَةِ، هَذَا قَوْلُ الْقَاضِي وَصَاحِبِ الْمُغْنِيِّ، وَخَرَجَ ابْنُ عَقِيلٍ الضَّمَانُ فِيهِمَا لِأَنَّهُمَا عَيْنٌ مَضْمُونَةٌ فَلَا يَقِفُ ضَمَانُهَا عَلَى [عَدَمِ] التَّمَكُّنِ مِنَ الرَّدِّ كَالْعَوَارِي وَالْفُصُوبِ. وَالثَّانِي: الزَّكَاةُ إِذَا قُلْنَا: تَجِبُ فِي الْعَيْنِ فَالْمَذْهَبُ وَجُوبُ الضَّمَانِ بِتَلَفِهَا بِكُلِّ حَالٍ، لِأَنَّهُمَا وَجِبَتْ شُكْرًا لِنِعْمَةِ الْمَالِ النَّامِيِّ الْمَوْجُودِ فِي جَمِيعِ الْحَوَالِ فِيهِ شَبِيهَةٌ بِالْمُعَاوَضَةِ وَيُسْتَشْنَى مِنْ ذَلِكَ مَا لَمْ يَدْخُلْ تَحْتَ الْيَدِ كَالدُّيُونِ وَالشَّعْرِ فِي رُءُوسِ الشَّجَرِ لِانْتِفَاءِ قَبْضِهِ وَكَمَالِ الْانْتِفَاعِ بِهِ وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ خَرَجَ وَجْهًا بِسُقُوطِ الضَّمَانِ قَبْلَ إِمْكَانِ الْأَدَاءِ مُطْلَقًا.

* * *

القاعدة الرابعة والأربعون:

فِي قَبُولِ قَوْلِ الْأَمْنَاءِ فِي الرَّدِّ وَالتَّلَفِ أَمَّا التَّلَفُ فَيَقْبَلُ فِيهِ قَوْلُ كُلِّ أَمِينٍ إِذْ لَا مَعْنَى لِلْأَمَانَةِ إِلَّا انْتِفَاءُ الضَّمَانِ، وَمِنْ لَوَازِمِهِ قَبُولُ قَوْلِهِ فِي التَّلَفِ وَإِلَّا لَلَزِمَ الضَّمَانُ بِاحْتِمَالِ التَّلَفِ وَهُوَ لَا يَلْزِمُهُ الضَّمَانُ مَعَ تَحَقُّقِهِ وَيُسْتَشْنَى مِنْ ذَلِكَ الْوَدِيعَةُ إِذَا هَلَكَتْ مَالُ الْمُودَعِ عَلَى طَرِيقَةٍ مَنْ يَحْكِي الْخِلَافَ فِيهَا فِي قَبُولِ [قَوْلِ] الْمُودَعِ فِي التَّلَفِ لَا فِي أَصْلِ ضَمَانِهِ وَكَذَلِكَ الْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ وَالْمُسْتَأْجَرُ عَلَى عَمَلٍ [فِيهَا] حَكِي فِيهَا رَوَايَةٌ بِالضَّمَانِ فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ جَعَلَهَا رَوَايَةً يَثْبُوتُ الضَّمَانُ فِيهَا فَلَا تَكُونُ أَمَانَةً، وَمِنْهُمْ مَنْ حَكَى الْخِلَافَ فِي قَبُولِ دَعْوَى التَّلَفِ بِأَمْرِ خَفِيِّ وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ أَبِي مُوسَى فَلَا تَخْرُجُ بِذَلِكَ عَنِ الْأَمَانَةِ وَأَمَّا الرَّدُّ فَالْأَمْنَاءُ ثَلَاثَةٌ أَقْسَامُ:

الْأَوَّلُ: مَنْ قَبِضَ الْمَالَ لِمَنْفَعَةٍ مَالِكِهِ وَحَدَهُ فَالْمَذْهَبُ أَنَّ قَوْلَهُمْ فِي الرَّدِّ مَقْبُولٌ وَنَقَلَ أَبُو

طَالِبٍ وَأَبْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ الْوَدِيعَةَ إِذَا ثَبَتَتْ بَيِّنَةً لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَى الرَّدِّ بِدُونِ بَيِّنَةٍ وَخَرَجَهَا ابْنُ عَقِيلٍ عَلَى أَنَّ الْإِشْهَادَ عَلَى دَفْعِ الْحَقُوقِ الثَّابِتَةِ بِالْبَيِّنَةِ وَاجِبٌ فَيَكُونُ تَرْكُهُ تَفْرِيطًا فَيَجِبُ فِيهِ الضَّمَانُ وَكَذَلِكَ خَرَجَ طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ فِي وَصِيِّ الْيَتِيمِ أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ بِدُونِ بَيِّنَةٍ، وَعَزَاهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ إِلَى قَوْلِ الْخُرْقِيِّ وَهُوَ مُتَوَجِّهٌ عَلَى هَذَا الْمَأْخُذِ، لِأَنَّ الْإِشْهَادَ بِالْإِشْهَادِ بِالْإِشْهَادِ إِلَى الْيَتِيمِ مَأْمُورٌ بِهِ بِنَصِّ الْقُرْآنِ، وَقَدْ صَرَّحَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ بِاشْتِرَاطِهِ الْإِشْهَادَ عَلَيْهِ كَالنِّكَاحِ.

الْقِسْمُ الثَّانِي: مَنْ قَبَضَ الْمَالَ لِمَنْفَعَةٍ نَفْسِهِ كَالْمُرْتَهَنِ فَالْمَشْهُورُ أَنَّ قَوْلَهُ فِي الرَّدِّ غَيْرُ مَقْبُولٍ لِسَبْهِهِ بِالْمُسْتَعِيرِ وَخَرَجَ أَبُو الْخَطَّابِ وَأَبُو الْحُسَيْنِ وَجْهًا آخَرَ يَقْبُولُ قَوْلَهُ فِي الرَّدِّ لِأَنَّهُ آمِنٌ فِي الْجُمْلَةِ وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ فِي الْمُسْتَأْجِرِ.

الْقِسْمُ الثَّالِثُ: مَنْ قَبَضَ الْمَالَ لِمَنْفَعَةٍ مُشْتَرَكَةٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَالِكِهِ كَالْمُضَارِبِ وَالشَّرِيكِ وَالْوَكِيلِ يَجْعَلُ وَالْوَصِيَّ كَذَلِكَ فَفِي قَبُولِ قَوْلِهِمْ فِي الرَّدِّ وَجْهَانِ مَعْرُوفَانِ لَوْجُودِ الشَّائِئَتَيْنِ فِي حَقِّهِمْ:

أَحَدُهُمَا: عَدَمُ الْقَبُولِ وَنَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الْمُضَارِبِ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ أَنَّ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ بِدَفْعِ رَأْسِ الْمَالِ وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ حَامِدٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ وَابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُمْ.

وَالثَّانِي: قَبُولُ قَوْلِهِمْ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَابْنُ أَبِي الْحُسَيْنِ وَالشَّرِيفُ أَبِي جَعْفَرٍ وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي خِلَافِهِ وَوَجَدْتُ ذَلِكَ مَتَّصُوعًا عَنْ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي الْمُضَارِبِ أَيْضًا فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى آخَرٍ [أَلْفَ دِرْهَمٍ] مُضَارِبَةً فَجَاءَ بِأَلْفٍ فَقَالَ: هَذَا رُبْعٌ وَقَدْ دَفَعْتُ إِلَيْكَ أَلْفًا رَأْسَ مَالِكَ قَالَ: وَهُوَ مُصَدِّقٌ فِيمَا قَالَ، وَوَجَدْتُ فِي مَسَائِلِ أَبِي دَاوُدَ عَنْ أَحْمَدَ نَحْوَ هَذَا أَيْضًا، وَكَذَلِكَ نَقَلَ عَنْهُ مُهَنَّا فِي مُضَارِبٍ دَفَعَ إِلَى رَبِّ الْمَالِ كُلِّ يَوْمٍ شَيْئًا ثُمَّ قَالَ: كَانَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ وَحُكْمُ الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ حُكْمُ هَؤُلَاءِ وَكَذَلِكَ مَنْ يَعْمَلُ فِي عَيْنِ بَعْضٍ مِنْ نَمَائِهَا لِأَنَّهُ إِمَّا أَجِيرٌ أَوْ شَرِيكَ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْمُسْتَأْجِرِ أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ قَبَضَ مَالَ الْمُؤَجَّرِ لِيَسْتَوْفِيَ مِنْهُ حَقَّ نَفْسِهِ فَصَارَ حِفْظُهُ لِنَفْسِهِ وَصَارَ الْمَالُ فِي أَيْدِيهِمْ أَمَانَةً لَا حَقَّ لَهُمْ فِيهِ وَإِنَّمَا حَقُّهُمْ فِيمَا يَنْمِي مِنْهُ أَوْ فِي ذِمَّةِ الْمَالِكِ فَأَمَّا مَنْ يَعْمَلُ فِي الْمَالِ بِحُزْنٍ مِنْ عَيْنِهِ فَهُوَ كَالْوَصِيِّ الَّذِي يَأْكُلُ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ أَيْضًا صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي لِأَنَّ الْمَالَ لَمْ يَقْبِضْهُ لِحَقِّ نَفْسِهِ بَلْ لِلْحِفْظِ عَلَى الْمَالِكِ

وَحَقُّهُ فِيهِ مُتَعَلِّقٌ بِعَمَلِهِ بِخِلَافِ الْمُرْتَهِنِ وَالْمُسْتَأْجِرِ - ثُمَّ هَاهُنَا أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ:
أَحَدُهُمَا: أَنْ يَدَّعِيَ الْآمِنُ أَنَّهُ رَدَّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ ائْتَمَنَهُ وَهَذَا هُوَ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ.
وَالثَّانِي: أَنْ يَدَّعِيَ الرَّدَّ إِلَى غَيْرِ مَنْ ائْتَمَنَهُ بِإِذْنِهِ فَهَلْ يَقْبَلُ قَوْلُهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:
أَحَدُهُمَا: وَهُوَ الْمَنْصُوصُ وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي الْحَسَنِ التَّمِيمِيِّ أَنَّهُ يَقْبَلُ قَوْلُهُ.

وَالثَّانِي: لَا يَقْبَلُ قَبِيلٌ لِتَفْرِيطِهِ بِتَرْكِ الْإِشْهَادِ عَلَى الْمَدْفُوعِ إِلَيْهِ فَلَوْ صَدَّقَهُ الْآمِنُ عَلَى
الدَّفْعِ لَمْ يَسْقُطِ الضَّمَانُ وَقِيلَ بَلْ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَمِينًا لِلْمَأْمُورِ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ
إِلَيْهِ كَالْأَجْنَبِيِّ وَكُلٌّ مِنْ [هَذِهِ] الْأَقْوَالِ الثَّلَاثَةِ قَدْ نُسِبَ إِلَى الْخُرَقِيِّ بَلْ وَنُسِبَ إِلَيْهِ أَنْ دَعَا
الْوَصِيَّ الرَّدَّ إِلَى الْيَتِيمِ غَيْرُ مَقْبُولٍ كَمَا سَبَقَ فَرُبَّمَا اطَّرَدَ هَذَا فِي دَعْوَى الرَّدِّ مِنْ جَمِيعِ الْأَمْنَاءِ
إِلَى مَنْ ائْتَمَنَهُمْ وَهُوَ بَعِيدٌ جِدًّا وَرُبَّمَا أُخْتُصَّ بِالْوَصِيِّ لِأَنَّ ائْتِمَانَهُ لَيْسَ مِنْ جِهَةِ الصَّبِيِّ فَهُوَ
كَالْأَجْنَبِيِّ مَعَهُ. هَذَا إِذَا ادَّعَى الرَّدَّ بِإِذْنِ الْمَالِكِ وَإِنْ ادَّعَاهُ مَعَ عَدَمِ إِذْنِهِ فَلَا يَقْبَلُ مِنْهُ حَتَّى
وَلَا الْأَدَاءُ إِلَى الْوَارِثِ وَالْحَاكِمِ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَأْتِمِنَاهُ نَقْلُهُ فِي التَّلْخِصِ إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الرَّدَّ إِلَى
مَنْ يَدُّهُ كَيْدَ الْمَالِكِ كَوَكِيلِهِ أَوْ رَدَّ الْوَدِيعَةَ إِلَى عَبْدِهِ وَخَازِنِهِ وَنَحْوِهِمَا مِمَّنْ يَحْفَظُ مَالَهُ لِأَنَّ
أَيْدِيَهُمْ كَيْدُهُ، وَتَوَجَّهَ فِي دَعْوَى الرَّدِّ إِلَى الْحَاكِمِ وَالْوَارِثِ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْرَثِ الْقَبُولُ
لِقِيَامِهِمَا مَقَامَ الْمُؤْتَمَنِ وَهُوَ رَدٌّ مُبَرَّرٌ.

الْقِسْمُ الثَّلَاثُ: أَنْ يَدَّعِيَ غَيْرُ الْآمِنِ - كَوَارِثِهِ - أَنَّ الْآمِنَ رَدَّ إِلَى الْمَالِكِ فَلَا يَقْبَلُ لِأَنَّهُ
غَيْرُ مُؤْتَمَنِ فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ، وَمِنْ الْمُتَأَخِّرِينَ مَنْ خَرَجَ وَجْهًا بِالْقَبُولِ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ
حُصُولِهَا فِي يَدِهِ وَجَعَلَ أَصْلَ أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا مَاتَ مَنْ كَانَ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ وَلَمْ تُوجَدْ فِي
تَرْكِتِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ بِقَاوُهَا عِنْدَهُ أَنَّهَا لَا تَضْمَنُ وَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّخْرِيجِ إِذَا لَانَ الضَّمَانُ عَلَى هَذَا
الْوَجْهِ مُتَّفَقٌ سِوَاءِ ادَّعَى الْوَارِثُ الرَّدَّ أَوْ التَّلَفَ أَوْ لَمْ يَدَّعِ شَيْئًا.

الْقِسْمُ الرَّابِعُ: أَنْ يَدَّعِيَ مَنْ حُكْمُهُ حُكْمُ الْأَمْنَاءِ فِي سَقُوطِ الضَّمَانِ عَنْهُ بِالتَّلَفِ قَبْلَ
التَّمَكُّنِ مِنَ الرَّدِّ كَوَارِثِ الْمُوَدَّعِ وَنَحْوِهِ وَالْمُلْتَقِطِ بَعْدَ ظُهُورِ الْمَالِكِ وَمَنْ أَطَارَتْ الرِّيحُ إِلَى
دَارِهِ ثَوْبًا إِذَا ادَّعَا الرَّدَّ إِلَى الْمَالِكِ، فَبِى التَّلْخِصِ لَا يَقْبَلُ لِأَنَّ الْمَالِكَ لَمْ يَأْتِمِنَهُ وَتَوَجَّهَ
قَبُولُ دَعْوَاهُ فِي حَالِهِ لَا يَضْمَنُ فِيهَا بِالتَّلَفِ لِأَنَّهُ مُؤْتَمَنٌ شَرْعًا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ.

تَنْبِيْهُ: عَامِلُ الصَّدَقَةِ مَقْبُولُ الْقَوْلِ فِي دَفْعِهَا إِلَى الْمُسْتَحِقِّينَ وَلَوْ كَذَّبُوهُ بِغَيْرِ خِلَافٍ وَإِنْ
كَانَ وَكَيْلًا يَجْعَلُ ذِكْرَهُ الْقَاضِي فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ لِأَنَّ الصَّدَقَةَ عِبَادَةٌ فَلَا اسْتِحْلَافَ فِيهَا
وَلِذَلِكَ لَا يُسْتَحْلَفُ أَرْبَابُهَا إِذَا ادَّعَا الدَّفْعَ إِلَى الْعَامِلِ وَأَنْكَرَ فَكَذَلِكَ الْعَامِلُ لِأَنَّهُ آمِنٌ

لَأَرْبَابَهَا فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ عَلَيْهِمْ فِي الرَّدِّ، وَأَمَّا عَامِلُ الْخَرَاجِ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الدَّفْعِ إِلَّا بَيِّنَةً أَوْ تَصْدِيقَ ذِكْرِهِ الْقَاضِي أَيْضًا وَعَلَّلَ بِأَنَّ الْخَرَاجَ دَيْنٌ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ مُسْتَوْفِيهِ فِي دَفْعِهِ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ وَهَذَا التَّلْغِيلُ مُتَقَضٌّ بِالْوَكِيلِ فِي اسْتِيفَاءِ دَيْنٍ وَدَفْعِهِ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ فَإِنَّ قَوْلَهُ مَقْبُولٌ فِي ذَلِكَ كَمَا سَبَقَ وَالْأَظْهَرُ تَخْرِيجُ حُكْمِ عَامِلِ الْخَرَاجِ عَلَى الْوَكِيلِ فَإِنْ كَانَ مُتَبَرِّعًا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ يَجْعَلُ فِيهِ وَجْهًا وَكَذَلِكَ يُخْرَجُ فِي عَامِلِ الْوَقْفِ وَنَظِيرِهِ.

* * *

القاعدة الخامسة والأربعون:

عُقُودُ الْأَمَانَاتِ هَلْ تَنْفَسَخُ بِمَجْرَدِ التَّعَدِّي فِيهَا أَمْ لَا؟ الْمَذْهَبُ أَنَّ الْأَمَانَةَ الْمَحْضَةَ تَبْطُلُ بِالتَّعَدِّي وَالْأَمَانَةُ الْمُتَضَمِّنَةُ لِأَمْرٍ آخَرَ لَا تَبْطُلُ عَلَى الصَّحِيحِ. وَيَخْرُجُ عَلَى هَذَا مَسَائِلُ: مِنْهَا: إِذَا تَعَدَّى فِي الْوَدِيعَةِ بَطَلَتْ وَلَمْ يَجْزُ لَهُ الْإِمْسَاكُ وَوَجِبَ الرَّدُّ عَلَى الْفَوْرِ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ مَحْضَةٌ^(١) وَقَدْ زَالَتْ بِالتَّعَدِّي فَلَا تَعُودُ يَدُونُ عَقْدٍ مُتَجَدِّدٍ هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ، وَلَوْ كَانَتْ عَيْنَيْنِ فَتَعَدَّى فِي إِحْدَاهُمَا فَهَلْ يَصِيرُ ضَامِنًا لَهُمَا أَوْ لِمَا وَجَدَ فِيهِ التَّعَدَّى خَاصَّةً فِيهِ تَرَدُّدٌ وَذَكَرَهُ الْقَاضِي أَبُو يَعْلَى الصَّغِيرُ وَذَكَرَهُ ابْنُ الزَّاغُونِي أَنَّهُ إِذَا زَالَ التَّعَدَّى وَعَادَ إِلَى الْحِفْظِ لَمْ تَبْطُلْ وَقَدْ يُوْجَّهُ بِأَنَّ الْمَالِكَ أَسْنَدَ إِلَيْهِ الْحِفْظَ لِرِضَاؤِهِ بِأَمَانَتِهِ فَمَتَّى وَجِدَتْ الْأَمَانَةُ فَالْإِسْنَادُ مُوجُودٌ لَوْجُودِ عَلَيْهِ فَهُوَ كَمَا لَوْ صَرَّحَ بِالتَّلْغِيلِ فَقَالَ كُلَّمَا خُنْتُ ثُمَّ عُدْتُ فَأَنْتَ آمِنٌ فَإِنَّهُ يَصِحُّ لِصِحَّةِ تَغْلِيْقِ الْإِيدَاعِ عَلَى الشَّرْطِ كَالْوَكَالَةِ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي.

وَمِنْهَا: الْوَكِيلُ إِذَا تَعَدَّى^(٢) فَالْمَشْهُورُ أَنَّ وَكَالَتَهُ لَا تَنْفَسَخُ بَلْ تَزُولُ أَمَانَتُهُ وَيَصِيرُ ضَامِنًا وَلِهَذَا لَوْ بَاعَ يَدُونُ ثَمَنَ الْمِثْلِ صَحَّ وَضَمِنَ النِّقْصَ لِأَنَّ الْوَكَالَةَ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ مَعَ اسْتِثْمَانٍ فَإِذَا زَالَ أَحَدُهُمَا لَمْ يَزَلْ الْآخَرُ هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ عَلَى هَذَا فَإِنَّمَا يَضْمَنُ مَا [وَقَعَ] فِيهِ التَّعَدَّى خَاصَّةً حَتَّى لَوْ بَاعَهُ وَقَبِضَ ثَمَنَهُ لَمْ يَضْمَنْهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّعَدْ فِي عَيْنِهِ ذِكْرَهُ فِي التَّلْخِيصِ وَلَا يَزُولُ الضَّمَانُ عَنْ عَيْنٍ مَا وَقَعَ فِيهِ التَّعَدَّى بِحَالٍ إِلَّا عَلَى طَرِيقَةِ ابْنِ الزَّاغُونِي فِي الْوَدِيعَةِ وَظَاهِرُ كَلَامِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ أَنَّ الْمُخَالَفَةَ مِنَ الْوَكِيلِ تَقْتَضِي فُسَادَ الْوَكَالَةِ لَا بَطْلَانَهَا فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ وَيَصِيرُ مُتَصَرِّقًا بِمَجْرَدِ الْإِذْنِ، وَحَكَى ابْنُ عَقِيلٍ فِي نَظَرِيَّاتِهِ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ وَجْهًا آخَرَ وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَنَّ الْوَكَالَةَ تَبْطُلُ كَالْوَدِيعَةِ لِزَوَالِ الْإِثْمَانِ

(١) الوكيل إذا تعدى فلا ربح له أيا كان وجه التعدي. حاشية الدسوقي (٣/ ٥٢٧).

(٢) لأن لهذه العقود حكم الأمانات. البحر الرائق (٥/ ١٩٤).

وَالْإِذْنَ فِي التَّصَرُّفِ كَانَ مَنُوطًا بِهِ.

وَمِنْهَا: الشَّرَكَةُ وَالْمُضَارَبَةُ إِذَا تَعَدَّى فِيهِمَا كَالنَّهَالِيٍّ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يَصِيرُ ضَامِنًا^(١) وَيَصِحُّ تَصَرُّفُهُ لِقَاءَ الْإِذْنِ فِيهِ وَيَتَخَرَّجُ بَطْلَانُ تَصَرُّفِهِ مِنَ الْوَكَالَةِ وَمِنْهَا: الرَّهْنُ إِذَا تَعَدَّى الْمُرْتَهَنُ فِيهِ زَالَ ائْتِمَانُهُ وَبَقِيَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ^(٢) وَلَمْ تَبْطُلْ تَوْثِقَتُهُ وَحَكَى ابْنُ عَقِيلٍ فِي نَظَرِيَّاتِهِ احْتِمَالًا بِبَطْلَانِ الرَّهْنِ وَفِيهِ بَعْدُ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ وَحَقٌّ لِلْمُرْتَهَنِ عَلَى الرَّاهِنِ لَا سِيَّمَا إِنْ كَانَ مَشْرُوطًا فِي عَقْدٍ، وَقُلْنَا: يَلْزَمُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ فَإِنَّ الرَّاهِنَ يُجْبَرُ عَلَى تَقْيِيزِهِ فَكَيْفَ يَزُولُ بِالتَّعَدِّيِّ.

وَمِنْهَا: إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِحِفْظِ شَيْءٍ مُدَّةً فَحَفِظَهُ فِي بَعْضِهَا ثُمَّ تَرَكَ فَهَلْ تَبْطُلُ الْإِجَارَةُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ قَالَ ابْنُ الْمُثَنَّى: أَصَحُّهُمَا لَا تَبْطُلُ، بَلْ يَزُولُ الْاسْتِثْمَانُ وَيَصِيرُ ضَامِنًا. وَفِي مَسَائِلِ ابْنِ مَنصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ إِذَا اسْتَأْجَرَ أَحِيرًا شَهْرًا مَعْلُومًا فَجَاءَ إِلَيْهِ فِي نِصْفِ ذَلِكَ الشَّهْرِ أَنَّ لِلْمُسْتَأْجِرِ الْخِيَارَ. وَالْوَجْهُ الْآخَرُ يَبْطُلُ الْعَقْدُ فَلَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا مِنَ الْأَجْرَةِ بِنَاءً عَلَى أَصْلَانَا فَيَمْنَعُ امْتِنَاعَ مَنْ تَسْلِيمِ بَعْضِ الْمَنَافِعِ الْمُسْتَأْجَرَةِ أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ أَجْرَةَ وَيَذَلِكَ أَفْتَى ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ.

وَمِنْهَا: الْوَصِيُّ إِذَا تَعَدَّى فِي التَّصَرُّفِ فَهَلْ يَبْطُلُ كَوْنُهُ وَصِيًّا أَمْ لَا؟ ذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْمَفْرَدَاتِ [فِيهِ] احْتِمَالَيْنِ: أَحَدُهُمَا: لَا يَبْطُلُ بَلْ تَزُولُ أَمَانَتُهُ ضَامِنًا كَالْوَكِيلِ وَالثَّانِي تَبْطُلُ لِأَنَّهُ خَرَجَ مِنْ حِيزِ الْأَمَانَةِ بِالتَّقْرِيطِ فَزَالَتْ وَلَا يَتْبَعُ بِانْتِفَاءِ شَرْطِهَا كَالْحَاكِمِ إِذَا فَسَقَ. وَفَرَضُ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا أَقْدَمَ عَلَى الْبَيْعِ بِدُونِ قِيَمَةِ الْمِثْلِ وَعَلَى هَذَا يَتَخَرَّجُ بَيْعُ الْعَدْلِ الَّذِي بِيَدِهِ الرَّهْنُ لَهُ بِدُونِ ثَمَنِ الْمِثْلِ أَوْ الثَّمَنِ الْمُقَدَّرِ هَلْ يَصِحُّ أَمْ لَا لِأَنَّ الْأَمَانَةَ مُعْتَبَرَةٌ فِيهِ، وَاخْتِيَارُ صَاحِبِ الْمُعْنِي أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ بِدُونِ ثَمَنِ الْمِثْلِ لَكِنَّهُ عَلَّلَ بِمُخَالَفَةِ الْإِذْنِ وَهُوَ مُتَقَضٌّ بِالْوَكِيلِ. وَلِهَذَا أَلْحَقَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ بِبَيْعِ الْوَكِيلِ فَصَحَّاحُهُ وَضَمَّنَاهُ النِّقْصَ وَمِثْلُهُ إِجَارَةُ النَّاطِرِ لِلْوَقْفِ بِدُونِ أَجْرَةِ الْمِثْلِ.

* * *

القاعدة السادسة والأربعون:

فِي الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ هَلْ هِيَ مُتَعَدَّةٌ أَوْ لَا؟ وَهِيَ نَوْعَانِ:

(١) لأنه أمانة في يد المرتهن. روضة الطالبين (٩٦/٤).

(٢) الأصل أن يفرق بين الفساد إذا دخل في أصل العقد وبينه إذا دخل في علقته من علائقه.

أَحَدُهُمَا: الْعُقُودُ الْجَائِزَةُ كَالشَّرَكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ وَالْوَكَالَةِ. وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنفَا أَنْ إِفْسَادَهَا لَا يَمْنَعُ نَفُوذَ التَّصَرُّفِ فِيهَا بِالْإِذْنِ لَكِنَّ أَحَدِيَّةً تَزُولُ بِفْسَادِهَا فَلَا يَصْدُقُ عَلَيْهَا أَسْمَاءُ الْعُقُودِ الصَّحِيحَةِ إِلَّا مُقَيَّدَةً بِالْفُسَادِ. وَصَرَّحَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ عَلَى الشَّرَكَةِ الْفَاسِدَةِ مِنْ أَصْلِهَا أَنَّهَا شَرَكَةٌ حَيْثُ قَالَ وَيُمنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهَا وَالْمَنْعُ مِنَ التَّصَرُّفِ مَعَ الْقَوْلِ بِنَفُوذِهِ وَبِقَاءِ الْإِذْنِ مُشْكِلٌ لَا سِيَّما وَقَدْ قُرِّرَ أَنَّ الْعَامِلَ يَسْتَحِقُّ الْمُسَمَى.

وَالنُّوعُ الثَّانِي: الْعُقُودُ اللَّازِمَةُ فَمَا كَانَ مِنْهَا لَا يَتِمَّكَّنُ الْعَبْدُ مِنَ الْخُرُوجِ مِنْهُ يَقُولُهُ كَالْإِحْرَامِ فَهُوَ مُنْعَقِدٌ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى التَّخْلُصِ مِنْهُ إِلَّا بِإِتْمَامِهِ أَوْ الْإِحْصَارِ عَنْهُ، وَمَا كَانَ الْعَبْدُ مُتِمَّكَّنًا مِنَ الْخُرُوجِ مِنْهُ يَقُولُهُ فَهُوَ مُنْقَسِمٌ إِلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: مَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ حُكْمٌ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالسَّرَايَةِ وَالنُّفُوذُ فَهُوَ مُنْعَقِدٌ وَهُوَ النِّكَاحُ وَالْكِتَابَةُ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِمَا الطَّلَاقُ وَالْعِتْقُ فَلِقَوْتُهُمَا وَنَفُوذُهُمَا انْعَقَدَ الْعَقْدُ الْمُخْتَصُّ بِهِمَا وَنَفَذَ فِيهِ وَتَبِعَهُمَا أَحْكَامٌ كَثِيرَةٌ مِنْ أَحْكَامِ الْعَقْدِ فَفِي النِّكَاحِ يَجِبُ الْمَهْرُ بِالْعَقْدِ حَتَّى لَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ لَزِمَهُ نِصْفُ الْمَهْرِ عَلَى وَجْهِ وَبَسْتَقَرَّ بِالْخُلُوةِ وَتَعَتَّدَ فِيهِ مِنْ حِينِ الْفُرْقَةِ لَا مِنْ حِينِ الْوُطْءِ وَتَعَتَّدَ لِلوَفَاءِ فِيهِ قَبْلَ الطَّلَاقِ وَفِي الْكِتَابَةِ تَسْتَتِيعُ الْأَوْلَادُ وَالْأَكْسَابُ.

وَالثَّانِي: مَا لَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ ذَلِكَ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ فَالْمَعْرُوفُ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ غَيْرُ مُنْعَقِدٍ وَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ أَحْكَامُ الْغَضَبِ وَخَرَجَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ صِحَّةَ التَّصَرُّفِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ مِنَ النِّكَاحِ وَأَعْتَرَضَهُ أَحْمَدُ الْحَرَبِيُّ فِي تَعْلِيْقِهِ، وَقَالَ: النِّكَاحُ الْفَاسِدُ مُنْعَقِدٌ فَلِهَذَا صَحَّ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَلَكِنَّ أَبُو الْخَطَّابِ قَدْ لَا يُسَلِّمُ انْعِقَادَ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ وَلَا غَيْرِهِ لِأَنَّهُ يَرَى أَنَّ الْمَجَامِعَ يَحِلُّ مِنْ إِحْرَامِهِ وَأَنَّ الطَّلَاقَ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ إِنْمَا يَقَعُ مِنْ مَنْ يَعْتَقِدُ صِحَّتَهُ فَمِنْ هُنَا حَسَنٌ عِنْدَهُ هَذَا التَّخْرِيجُ إِذِ الْبَيْعُ وَالنِّكَاحُ فِي هَذَا عَلَى حَدٍّ وَاحِدٍ وَابْدَى ابْنُ عَقِيلٍ فِي عُمْدَةِ احْتِمَالًا بِنُفُوذِ الْإِقَالَةِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ كَالطَّلَاقِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ قَالَ وَيُقَيَّدُ ذَلِكَ أَنَّ حُكْمَ الْحَاكِمِ بَعْدَ الْإِقَالَةِ بِصِحَّةِ الْعَقْدِ لَا يُؤَثِّرُ. وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ وَجْهَيْنِ فِي نُفُوذِ الْعِتْقِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ كَالطَّلَاقِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ بِأَنَّ الطَّلَاقَ يَسْقُطُ بِهِ حَقُّ نَفْسِهِ فَتَفْذَلُ بِخِلَافِ الْعِتْقِ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ بِهِ حَقُّ غَيْرِهِ وَهُوَ الْبَائِعُ وَهَذَا كُلُّهُ يُشْعِرُ بِانْعِقَادِ الْبَيْعِ.

وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُصُولِهِ احْتِمَالَيْنِ فِيمَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ بَعْدَ نِدَاءِ الْجُمُعَةِ: أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي وَعَلَيَّ لِمَنَّهُ فَعَلَلْ هَلْ يَنْفَذُ عِتْقُهُ عَنْ نَفْسِهِ أَوْ عَنِ الْأَمْرِ لَهُ وَلَكِنَّ هَذَا عَقْدٌ مُوضُوعٌ

لِلْعَتَقِ وَالْمِلْكُ تَابِعٌ [لَهُ] فَهُوَ كَالْكِتَابَةِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ. فَإِنْ قِيلَ: فَهَلَّا قُلْتُمْ إِنَّ صِحَّةَ التَّصَرُّفِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ مُسْتَنْدٌ إِلَى الْإِذْنِ كَمَا فِي الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ إِذَا فَسَدَتْ، قِيلَ: ذَلِكَ لَا يَصَحُّ لَوَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْبَيْعَ وَضِعَ لِنَقْلِ الْمِلْكِ لَا لِلْإِذْنِ وَصِحَّةُ التَّصَرُّفِ فِيهِ تُسْتَفَادُ مِنَ الْمِلْكِ لَا مِنَ الْإِذْنِ بِخِلَافِ الْوَكَالَةِ فَإِنَّهَا لِلْإِذْنِ، يَوْضَحُهُ أَنَّ الْمُوَكَّلَ أَذِنَ لَوَكِيلِهِ أَنْ يَتَصَرَّفَ لَهُ وَقَدْ فَعَلَ مَا أَمَرَهُ وَالْبَائِعُ إِنَّمَا أَذِنَ لِلْمُشْتَرِي فِي التَّصَرُّفِ لِنَفْسِهِ بِالْمِلْكِ وَلَا مِلْكَ هَاهُنَا. وَالثَّانِي: أَنَّ الْإِذْنَ فِي الْبَيْعِ مَشْرُوطٌ بِسَلَامَةِ عَوْضِهِ فَإِذَا لَمْ يَسْلَمْ الْعَوْضُ انْتَفَى الْإِذْنُ وَالْوَكَالَةُ إِذْنٌ مُطْلَقٌ بِغَيْرِ شَرْطٍ.

* * *

القاعدة السابعة والأربعون:

فِي ضَمَانِ الْمَقْبُوضِ بِالْعَقْدِ الْفَاسِدِ ^(١)، كُلُّ عَقْدٍ يَجِبُ الضَّمَانُ فِي صَحِيحِهِ يَجِبُ الضَّمَانُ فِي فَاسِدِهِ وَكُلُّ عَقْدٍ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ فِي صَحِيحِهِ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ فِي فَاسِدِهِ. وَنَعْنِي بِذَلِكَ أَنَّ الْعَقْدَ الصَّحِيحَ إِذَا كَانَ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ فَالْفَاسِدُ كَذَلِكَ وَإِذَا لَمْ يَكُنْ الصَّحِيحُ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ فَالْفَاسِدُ كَذَلِكَ، فَالْبَيْعُ وَالْإِجَارَةُ وَالنِّكَاحُ مُوجِبَةٌ لِلضَّمَانِ مَعَ الصَّحَّةِ فَكَذَلِكَ مَعَ الْفُسَادِ. وَالْأَمَانَاتُ كَالْمُضَارَبَةِ وَالشَّرَكَةِ وَالْوَكَالَةُ وَالْوَدِيعَةُ وَعُقُودُ التَّبَرُّعَاتِ كَالْهَبَةِ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ فِيهَا مَعَ الصَّحَّةِ. فَكَذَلِكَ مَعَ الْفُسَادِ وَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ، فَأَمَّا قَوْلُ أَصْحَابِنَا فِيمَنْ عَجَلَ زَكَاتَهُ ثُمَّ تَلَفَ الْمَالُ وَقُلْنَا: لَهُ الرُّجُوعُ بِهِ أَنَّهُ إِذَا تَلَفَ ضَمَنَهُ الْقَائِضُ فَلَيْسَ مِنَ الْقَبْضِ الْفَاسِدِ بِشَيْءٍ لَأَنَّهُ وَقَعَ صَحِيحًا لَكِنُّهُ مُرَاعَى فَإِنْ بَقِيَ النَّصَابُ تَبَيَّنَا أَنَّهُ قَبْضُ زَكَاتٍ، وَإِنْ تَلَفَ تَبَيَّنَا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ زَكَاتًا فَيَرْجِعُ بِهَا. نَعَمْ إِذَا ظَهَرَ قَائِضُ الزَّكَاةِ مِمَّنْ لَا يَجُوزُ لَهُ اخْتِذَاهَا فَإِنَّهُ يَضْمَنُهَا لِكُونَ الْقَبْضِ لَمْ يَمْلِكْ بِهِ وَهُوَ مُفْرَطٌ بِقَبْضِ مَا لَا يَجُوزُ لَهُ قَبْضُهُ فَهَذَا مِنَ الْقَبْضِ الْبَاطِلِ لَا الْفَاسِدِ. وَلَيْسَ الْمُرَادُ أَنَّ كُلَّ حَالٍ ضَمِنَ فِيهَا فِي الْعَقْدِ الصَّحِيحِ وَضَمِنَ فِي مِثْلِهَا مِنَ الْفَاسِدِ فَإِنَّ الْبَيْعَ الصَّحِيحَ لَا يَجِبُ فِيهِ ضَمَانُ الْمَنْفَعَةِ.

(١) العقد الفاسد: هو عقد مشروع بأصله لا بوصفه، أي: أنه عقد صحيح قائم الأركان غير أنه اقترن به وصف خرج به عن المشروعية، والإقدام على العقد الفاسد حرام. المنشور (١/٣٥٤). وذلك كما لو قال له علي ألف درهم همام لزم ضمانها لأن إعاره الدرهم تصح في أحد الوجهين عند الشافعية، وفي الوجه الثاني: لا تصح إعارتها وعليه ضمانها لأن ما وجب ضمانه في العقد الصحيح وجب ضمانه في العقد الفاسد. الأصول والضوابط (١/٣١)، المذهب (٢/٣٥٠)، حاشية الشرواني (٤/١٨٠).

وَأَمَّا يَضْمَنُ الْعَيْنَ بِالثَّمَنِ الْمَقْبُوضِ بِالسَّيِّئِ الْفَاسِدِ يَجِبُ ضَمَانُ الْأَجْرَةِ فِيهِ عَلَى الْمَذْهَبِ.

وَالْإِجَارَةُ الصَّحِيحَةُ تَجِبُ [فِيهَا] الْأَجْرَةُ بِتَسْلِيمِ الْعَيْنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا سَوَاءً انْتَفَعَ بِهَا الْمُسْتَأْجِرُ أَوْ لَمْ يَنْتَفِعْ، وَفِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ رَوَاتَانِ: إِحْدَاهُمَا: كَذَلِكَ. وَالثَّانِيَّةُ: لَا تَجِبُ الْأَجْرَةُ إِلَّا بِالْانْتِفَاعِ، وَلَعَلَّهَا رَاجِعَةٌ إِلَى أَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تُضْمَنُ فِي الْعَصَبِ وَنَحْوِهِ إِلَّا بِالْانْتِفَاعِ وَهُوَ الْأَشْبَهُ. وَكَذَلِكَ يُخْرَجُ فِي ضَمَانِ مَنَفْعَةِ الْمَبِيعِ هَاهُنَا، وَلَكِنْ نَقَلَ [جَمَاعَةٌ] عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْإِجَارَةَ الصَّحِيحَةَ لَا تَجِبُ فِيهَا الْأَجْرَةُ إِلَّا بِقَدْرِ الْانْتِفَاعِ إِذَا تَرَكَ الْمُسْتَأْجِرُ بَقِيَّةَ الْانْتِفَاعِ بِعُدْرٍ مِنْ جِهَتِهِ، وَتَاوَلَهَا الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَأَقْرَاهَا صَاحِبُ شَرْحِ الْهِدَايَةِ وَالْقَاضِي أَيْضًا فِي بَعْضِ تَعَالِيْقِهِ وَالنِّكَاحُ الصَّحِيحُ يَسْتَقِرُّ فِيهِ الْمَهْرُ بِالْخُلُوةِ بِدُونِ الْوَطْءِ.

وَفِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ رَوَاتَانِ أَيْضًا وَقَدْ قِيلَ إِنَّ ذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْبُضْعَ هَلْ يَثْبُتُ عَلَيْهِ الْيَدُ أَمْ لَا. وَقَدْ قِيلَ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَا إِذَا نَكَحَ الْعَبْدُ نِكَاحًا فَاسِدًا أَنَّهُ لَا مَهْرَ لَهَا وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ دُخُولٌ أَوْ عَلَى أَنَّهُمَا كَانَا عَالِمَيْنِ بِالتَّحْرِيمِ فَتَكُونُ زَانِيَةً. وَنَقَلَ ابْنُ مَشِيْشٍ وَحَرْبٌ عَنْهُ أَنَّ الْمَبِيعَ الْمَقْبُوضَ مِنْ غَيْرِ تَسْمِيَةٍ ثَمَنٍ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّهُ عَلَى مِلْكِ الْبَائِعِ، وَقَدْ سَبَقَ ذَلِكَ وَالْعَمَلُ فِي الْمَذْهَبِ عَلَى خِلَافِهِ، إِذَا تَقَرَّرَ هَذَا فَهَلْ يَضْمَنُ فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ بِمَا سَمِيَ فِيهِ أَوْ بِقِيَمَةِ الْمِثْلِ؟ فِيهِ خِلَافٌ فِي مَسَائِلَ:

مِنْهَا: الْمَبِيعُ وَالْمَعْرُوفُ فِي الْمَذْهَبِ ضَمَانُهُ بِالْقِيَمَةِ لَا بِالثَّمَنِ الْمُسَمَّى [فِيهِ] نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ وَأَبِي طَالِبٍ لِأَنَّ الْمُسَمَّى إِنَّمَا وَقَعَ الرِّضَى بِهِ فِي ضَمَانِ الْعَقْدِ وَالْعَقْدُ غَيْرُ مُوجِبٍ لِلضَّمَانِ. وَإِنَّمَا يَتَرَكَّبُ الضَّمَانُ بِأَمْرِ آخَرَ طَارِئٍ عَلَى الْعَقْدِ وَهُوَ التَّلَفُ تَحْتَ يَدِهِ فَيَجِبُ ضَمَانُهُ بِالْقِيَمَةِ أَوْ الْمِثْلِ كَمَا لَوْ اتَّفَقَا عَلَى ضَمَانِ الْعَارِيَةِ عِنْدَ إِقْبَاضِهَا بِشَيْءٍ ثُمَّ تَلَفَتْ فَإِنَّهُ يُلْغَى الْمُتَّفَقُ عَلَيْهِ وَيَجِبُ الْمِثْلُ أَوْ الْقِيَمَةُ كَذَلِكَ هَاهُنَا. وَحَكَى الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ فِي الْكِتَابَةِ عَنْ أَبِي بَكْرٍ عَبْدَ الْعَزِيزِ أَنَّ الْمَقْبُوضَ بِالسَّيِّئِ الْفَاسِدِ يَضْمَنُ بِالسَّيِّئِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ، وَقَالَ: إِنَّهُ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَخَذًا لَهُ مِنَ النِّكَاحِ، قَالَ: لِأَنَّ إِقْبَاضَهُ لِيَأْهُ إِذْنٌ لَهُ فِي إِثْلَافِهِ بِالْعَوَضِ الْمُسَمَّى فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ لَهُ أَتَلَفَهُ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَاتَلَفَهُ فَإِنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ [عَلَيْهِ] غَيْرَ مَا سَمِيَ لَهُ وَقَدْ يُجَابُ عَنْ هَذَا بِأَنَّ الْمُسَمَّى إِنَّمَا جُعِلَ عَوَضًا عَنِ الْمِلْكِ لَا عَنِ الْإِثْلَافِ وَلَمْ يَتَضَمَّنْ الْعَقْدُ إِذْنًا فِي الْإِثْلَافِ إِنَّمَا تَضَمَّنَ نَقْلُ مِلْكٍ بِعَوَضٍ وَلَمْ يُوْجَدْ نَقْلُ الْمِلْكِ فَلَا يَثْبُتُ الْعَوَضُ وَإِنَّمَا وَجِبَ الضَّمَانُ

بِسَبَبٍ مُتَّجِدٍ.

وَمِنْهَا: الإِجَارَةُ الْفَاسِدَةُ وَالْمَعْرُوفُ مِنَ الْمَذْهَبِ ضَمَانُهَا بِأَجْرَةِ الْمِثْلِ أَيْضًا ^(١) وَيَتَخَرَّجُ عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهَا تُضْمَنُ بِالْأَجْرَةِ الْمُسَمَّاةِ وَالْقَوْلُ فِيهَا كَالْقَوْلِ فِي الْبَيْعِ سَوَاءً.

وَمِنْهَا: الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ تُضْمَنُ بِالمُسَمَّى فَإِذَا أَدَّى مَا سَمَّى فِيهَا حَصَلَ الْعِتْقُ وَلَمْ يَلْزَمْهُ ضَمَانُ قِيمَتِهِ ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ، وَاتَّفَقَ الْأَصْحَابُ عَلَى ذَلِكَ لَكِنْ الْمُتَأَخِّرُونَ زَعَمُوا أَنَّ الْكِتَابَةَ الْفَاسِدَةَ تَعْلِقُ بِصِفَةٍ فَلَا يُؤْثِرُ فَسَادُهَا وَلَا تَحْرِيمُهَا كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ: إِنْ أُعْطِيتَنِي خَمْرًا فَانْتِ حُرٌّ فَأَعْطَاهُ عَتَقَ لَوْجُودِ الصَّفَةِ، وَأَمَّا أَبُو بَكْرٍ فَعِنْدَهُ أَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ أَبَدًا، وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ عَقِيلٍ وَهُوَ الْأَظْهَرُ وَلَا يَقَعُ الْعِتْقُ عِنْدَهُ بِإِدَاءِ الْمُحَرَّمِ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يَتَعَقَّدُ بِعَوَضٍ مُحَرَّمٍ، بَلْ هُوَ عِنْدَهُ بَاطِلٌ.

وَمِنْهَا: النِّكَاحُ الْفَاسِدُ يَسْتَقِرُّ بِالْإِدْخُولِ فِيهِ وَجُوبُ الْمَهْرِ الْمُسَمَّى ^(٢) فِي الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ عَنْ أَحْمَدَ وَهِيَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى وَاخْتَارَهَا الْقَاضِي وَكَثُرَ أَصْحَابُهُ فِي كُتُبِ الْخِلَافِ وَيَفْرُقُ بَيْنَ النِّكَاحِ وَالْبَيْعِ بِأَنَّ النِّكَاحَ مَعَ فَسَادِهِ مُنْعَقِدٌ، وَيَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ أَكْثَرُ أَحْكَامِ الصَّحِيحِ مِنْ وَقُوعِ الطَّلَاقِ وَلِزُومِ عِدَّةِ الْوَفَاةِ بَعْدَ الْمَوْتِ وَالْإِعْتِدَادُ مِنْهُ بَعْدَ الْمَفَارَقَةِ فِي الْحَيَاةِ وَوُجُوبُ الْمَهْرِ فِيهِ بِالْعَقْدِ وَتَقَرُّرُهُ بِالْخُلُوةِ فَلِذَلِكَ لَزِمَ الْمَهْرُ الْمُسَمَّى فِيهِ كَالصَّحِيحِ يَوْضَحُهُ أَنَّ ضَمَانَ الْمَهْرِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ ضَمَانٌ عَقْدٌ كَضَمَانِهِ فِي الصَّحِيحِ وَضَمَانُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ ضَمَانٌ تَلَفٌ بِخِلَافِ الْبَيْعِ الصَّحِيحِ فَإِنَّ ضَمَانَهُ ضَمَانٌ عَقْدٌ، وَحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّ الْوَاجِبَ مَهْرُ الْمِثْلِ ^(٣) أَخَذًا مِنْ رَوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ عَنْهُ فِي عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فَدَخَلَ بِهَا فَقَدْ جَعَلَ لَهَا عَثْمَانُ الْخَمْسِينَ، وَأَنَا أَذْهَبُ إِلَى أَنَّ يُعْطَى شَيْئًا فَلَمْ يُوجِبِ الْمُسَمَّى وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخَرَقِيِّ وَصَاحِبِ الْمُغْنِيِّ، وَاسْتَدْلُوا بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِيمَنْ أَنْكَحَتْ نَفْسَهَا: «[إِنَّ] لَهَا الْمَهْرَ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْهَا»، فَأَوْجَبَ الْمَهْرَ بِالِاسْتِحْلَالِ وَهُوَ الْإِصَابَةُ فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَجِبْ بِالْعَقْدِ وَإِنَّمَا وَجِبَ بِالْوَطْءِ وَالْوَاجِبُ بِالْوَطْءِ مَهْرُ الْمِثْلِ.

وَهَذَا ضَعِيفٌ فَإِنَّ الْإِسْتِحْلَالَ يَحْصُلُ بِمُحَاوَلَةِ الْحِلِّ وَتَحْصِيلِهِ وَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ الْوَطْءُ.

(١) وعند الشافعية كذلك. المذهب (١/٣٥٠).

(٢) على أنه لا يوجب بمجرد حرمة المصاهرة، بل الوطء أو ما يقوم مقامه من المس بشهوة والنظر بشهوة؛ لأن الإضافة لا تثبت إلا بالعقد الصحيح. حاشية ابن عابدين (٣/٣٠)، فتح القدير (٣/٢١٥).

(٣) وفي قواعد الأحكام في مصالح الأناس: الواجب مهر المثل (٢/٨٧)، والطرق الحكمية (١/٣٦٥).

وَقَدْ يُطْلَقُ عَلَى اسْتِحْلَالِ مَا لَمْ يَحِلَّ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ مِثْلُهُ وَهُوَ الْخُلُوءُ أَوْ الْمُبَاشَرَةُ وَذَلِكَ مُقَرَّرٌ عِنْدَنَا لِلْمَهْرِ. وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْمُلَاعِنِ مِثْلَ ذَلِكَ، وَلَيْسَ مَحْمُولًا عِنْدَنَا إِلَّا عَلَى [مِثْلِ] مَا ذَكَرْنَا لَا عَلَى حَقِيقَةِ الْوَطْءِ، فَأَمَّا عُقُودُ الْمُشَارَكَاتِ إِذَا فَسَدَتْ كَالشَّرَكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ فَهَلْ يَجِبُ الْمُسَمَّى فِيهَا أَوْ أَجْرَةُ الْمِثْلِ؟ فِيهِ خِلَافٌ بَيْنَ الْأَصْحَابِ وَلَيْسَ ذَلِكَ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ لِأَنَّ كَلَامَنَا فِي ضَمَانِ الْقَابِضِ بِالْعَقْدِ الْفَاسِدِ وَهَذِهِ الْعُقُودُ لَا ضَمَانَ فِيهَا عَلَى الْقَابِضِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ لَهُ فِيهَا الْعَوَضُ بِعَمَلِهِ أَمَّا الْمُسَمَّى وَأَمَّا أَجْرَةُ الْمِثْلِ عَلَى خِلَافٍ فِيهِ.

* * *

القاعدة الثامنة والأربعون:

كُلُّ مَنْ مَلَكَ شَيْئًا بِعَوَضٍ مَلَكَ عَلَيْهِ عَوَضُهُ فِي أَنْ وَاحِدٍ وَيَطْرُدُ هَذَا فِي الْبَيْعِ وَالسَّلَمِ وَالْقَرْضِ وَالْإِجَارَةِ فَيَمْلِكُ الْمُسْتَأْجِرُ الْمَنَافِعَ وَالْمُؤْجَرُ الْأَجْرَةَ بِنَفْسِ الْعَقْدِ، وَكَذَلِكَ فِي النِّكَاحِ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ فَيَمْلِكُ الزَّوْجُ مَنَفَعَةَ الْبُضْعِ بِالْعَقْدِ وَتَمْلِكُ الْمَرْأَةُ بِهَ الصَّدَاقَ كُلَّهُ وَكَذَلِكَ الْكِتَابَةُ تَمْلِكُ الْعَبْدَ مَنَافِعَهُ وَكَتْسَابَهُ وَتَمْلِكُ عَلَيْهِ التَّجُومَ بِنَفْسِ الْعَقْدِ، وَكَذَلِكَ الْخُلْعُ وَالْإِعْتَاقُ عَلَى مَالٍ، وَكَذَلِكَ الْمَعَاوِضَاتُ الْقَهْرِيَّةُ كَأَخْذِ الْمُضْطَرِّ طَعَامَ الْغَيْرِ وَأَخْذِ الشَّقِيقِ الشَّقِصِ^(١) وَتَحْوِهِمَا، وَأَمَّا تَسْلِيمُ الْعَوَضَيْنِ فَمَتَى كَانَ أَحَدُهُمَا مُوجِبًا لَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ الْمُطَالَبَةَ بِتَسْلِيمِ الْآخَرِ وَإِنْ كَانَا حَالَيْنِ فِي الْبَيْعِ إِنْ كَانَ الثَّمَنُ دَيْنًا فِي الذَّمَّةِ فَالْمَذْهَبُ وَجُوبُ إِقْبَاضِ الْبَائِعِ أَوَّلًا لِأَنَّ حَقَّ الْمُشْتَرِي تَعَلَّقَ بِعَيْنٍ فَقَدَّمَ عَلَى الْحَقِّ الْمُتَعَلِّقِ بِالذَّمَّةِ وَلَا يَجُوزُ لِلْبَائِعِ حَبْسُ الْمَبِيعِ عِنْدَهُ عَلَى الثَّمَنِ عَلَى الْمَنْصُوصِ لِأَنَّهُ صَارَ فِي يَدِهِ أَمَانَةً فَوَجِبَ رَدُّهُ بِالْمُطَالَبَةِ كَسَائِرِ الْأَمَانَاتِ، اخْتَارَ صَاحِبُ الْمُعْنَى أَنَّ لَهُ الْامْتِنَاعَ مِنْ إِقْبَاضِهِ حَتَّى يُحْضِرَ الثَّمَنَ لِأَنَّ تَسْلِيمَهُ بِدُونِ الثَّمَنِ ضَرَرًا بِفَوَاتِ الثَّمَنِ عَلَيْهِ فَلَا يُلْزَمُ تَسْلِيمُهُ حَتَّى يُحْضِرَهُ وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ الصَّحِيحُ عِنْدِي أَنَّهُ لَا يُلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ حَتَّى يَتَسَلَّمَ الثَّمَنَ كَمَا فِي النِّكَاحِ، وَإِنْ كَانَ عَيْنًا فَهُمَا سَوَاءٌ وَلَا يُجْبَرُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْبِدَاءَةِ بِالتَّسْلِيمِ بَلْ يَنْصَبُ عِنْدَ التَّنَازُعِ مَنْ يَقْبِضُ مِنْهُمَا، ثُمَّ يَقْبِضُهُمَا فَإِنْ كَانَ هُنَاكَ خِيَارٌ لَهُمَا أَوْ لِأَحَدِهِمَا لَمْ يَمْلِكِ الْبَائِعُ الْمُطَالَبَةَ بِالْعَقْدِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْإِجَارَاتِ مِنْ خِلَافِهِ وَصَرَّحَ بِهِ الْأَرَجِيُّ فِي نَهَائَتِهِ وَلَا يَمْلِكُ الْمُشْتَرِي قَبْضَ الْمَبِيعِ فِي مَدَّةِ الْخِيَارِ بِدُونِ إِذْنِ صَرِيحٍ مِنَ الْبَائِعِ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي

(١) الشَّقِصُ: بالكسر، هو القطعة من الأرض والطائفة من الشيء. مختار الصحاح (١/١٤٤).

أو هو النصيب في العين المشتركة من كل شيء. النهاية في غريب الحديث (٢/٤٩٠).

رَوَايَةُ ابْنِ الشَّالَنْجِيٍّ وَأَمَّا فِي الْإِجَارَةِ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ تَسْلِيمُ الْأَجْرَةِ إِلَّا بَعْدَ تَسْلِيمِ الْعَمَلِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ أَوْ الْعَيْنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا كَمَا لَا يَجِبُ دَفْعُ الثَّمَنِ إِلَّا بَعْدَ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ وَمَتَى تَسَلَّمَ الْعَيْنُ وَجَبَ عَلَيْهِ تَسْلِيمُ الْأَجْرَةِ لِتَمَكُّنِهِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِقَبْضِهَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ.

وَقَالَ الْقَاضِي فِي تَعْلِيلِهِ: إِنَّ الْأَجِيرَ يَجِبُ دَفْعُ الْأَجْرَةِ إِلَيْهِ إِذَا شَرَعَ فِي الْعَمَلِ لِأَنَّهُ قَدْ سَلَّمَ نَفْسَهُ لَاسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ فَهُوَ كَتَسْلِيمِ الدَّارِ الْمُؤَجَّرَةِ. وَلَعَلَّهُ يَخْصُ ذَلِكَ بِالْأَجِيرِ الْخَاصِّ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ تَتَلَفُ تَحْتَ يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ فَهُوَ شَيْءٌ بِتَسْلِيمِ الْعَقَارِ. وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى مَنْ أَسْتَوْجَرَ لِعَمَلٍ مَعْلُومٍ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَةَ عِنْدَ إِيْفَاءِ الْعَمَلِ وَإِنْ أَسْتَوْجَرَ فِي كُلِّ يَوْمٍ بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ فَلَهُ أَجْرُ كُلِّ يَوْمٍ عِنْدَ تَمَامِهِ، وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ لِلْعَمَلِ مُدَّةً يَجِبُ لَهُ أَجْرَةٌ كُلَّ يَوْمٍ فِي آخِرِهِ لِأَنَّ ذَلِكَ مُقْتَضَى الْعُرْفِ، وَقَدْ يُحْمَلُ عَلَى مَا إِذَا كَانَتِ الْمُدَّةُ مُطْلَقَةً غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ كَاسْتِئْجَارِهِ كُلَّ يَوْمٍ بِكَذَا فَإِنَّهُ يَصِحُّ وَيُثَبَّتُ لَهُ الْخِيَارُ فِي آخِرِ كُلِّ يَوْمٍ فَيَجِبُ لَهُ الْأَجْرَةُ فِيهِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَلْزُومٍ بِالْعَمَلِ فِيمَا بَعْدَهُ وَلَئِنْ مُدَّتُهُ لَا تَنْتَهِي فَلَا يُمَكِّنُ تَأْخِيرَ إِعْطَائِهِ إِلَى تَمَامِهَا أَوْ عَلَى أَنَّ الْمُدَّةَ الْمُعَيَّنَةَ إِذَا عَيَّنَّا لِكُلِّ يَوْمٍ مِنْهَا قِسْطًا مِنَ الْأَجْرَةِ فَهِيَ إِجَارَاتٌ مُتَعَدِّدَةٌ وَأَمَّا النِّكَاحُ فَتَسْتَحِقُّ الْمَرْأَةُ فِيهِ الْمَهْرَ بِالْعَقْدِ وَلَهَا الْامْتِنَاعُ مِنَ التَّسْلِيمِ حَتَّى تَقْبُضَهُ فِي الْمَذْهَبِ ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ وَالْأَصْحَابُ، وَنَقَلَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ اتِّفَاقًا مِنَ الْعُلَمَاءِ^(١) وَعَلَّلَهُ الْأَصْحَابُ بِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا تَتَلَفُ بِالِاسْتِيفَاءِ فَإِذَا تَعَدَّرَ اسْتِيفَاءُ الْمَهْرِ عَلَيْهَا لَمْ يُمْكِنْهُمَا اسْتِرْجَاعُ عَوَضِهَا بِخِلَافِ الْمَبِيعِ فَلِذَلِكَ مَلَكَتِ الْامْتِنَاعُ مِنَ التَّسْلِيمِ حَتَّى تَقْبُضَهُ وَهَذِهِ الْعِلَّةُ مُوجُودَةٌ فِيمَا لَا يَتَبَقَّى مِنَ الْمَبِيعِ مِنَ الْمَطْعُومَاتِ وَالْمَشْرُوبَاتِ وَالْفَوَاكِهِ وَالرِّيَاحِينِ ؛ بَلْ فِي سِلْعِ التِّجَارَةِ أَيْضًا وَهَذَا مِمَّا يَرْجِعُ مَا اخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ.

وَأَيْضًا فَطَرَدُ هَذَا التَّعْلِيلُ أَنْ يَجُوزَ الْامْتِنَاعُ مِنْ تَسْلِيمِ الْعَيْنِ الْمُؤَجَّرَةِ حَتَّى تُسَوِّفَى الْأَجْرَةَ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ يَتَلَفُ أَيْضًا وَيُسْتَهْلِكُ فَلَا يُمَكِّنُ اسْتِرْدَادُهُ عِنْدَ تَعَدُّرِ الْوُصُولِ إِلَى الْأَجْرَةِ لَكِنْ قَدْ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الزَّوْجَ إِذَا تَسَلَّمَ الْمَرْأَةَ فَإِنَّهُ يَسْتَوِفِي فِي الْحَالِ مَا يَسْتَقِرُّ بِهِ الْمَهْرُ فَإِذَا تَعَدَّرَ أَخَذَ الْمَهْرَ مِنْهُ فَاتَّ عَلَى الزَّوْجَةِ الْمَهْرُ وَمَا قَالَهُ، وَأَمَّا فِي الْإِجَارَةِ فَإِذَا تَسَلَّمَ الْمُسْتَأْجِرُ الْعَيْنَ الْمُؤَجَّرَةَ فَلِلْمُؤَجَّرِ الْمَطَالَبَةُ حَيْثُ يَدِّ الْأَجْرَةَ فَإِنْ تَعَدَّرَ حُصُولُهَا مَلَكَتِ الْفَسْخَ فَيَرْجِعُ إِلَى الْمُؤَجَّرِ مَا خَرَجَ عَنْهُ أَوْ غَالِبُهُ وَهَذَا إِذَا كَانَتِ الزَّوْجَةُ مِنْ مِمَّنْ يُمَكِّنُ الْاسْتِمْتَاعَ بِهَا

(١) قال: وأجمعوا على أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها. الإجماع لابن المنذر، بتحقيق طه عبد الرؤوف سعد، كتاب النكاح رقم ٣٥٣ ص ٥٨.

فَإِنْ كَانَتْ لَا تَصْلُحُ لِذَلِكَ، فَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ وَغَيْرُهُ: لَهَا الْمُطَالَبَةُ بِهِ أَيْضًا وَرَجَعَ صَاحِبُ الْمُعْنِي خِلَافَهُ وَخَرَجَهُ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ مِمَّا حَكَى الْأَمِدِيُّ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْبِدَاءُ بِتَسْلِيمِ الْمَهْرِ بَلْ يَعْدِلُ كَالثَّمَنِ الْمُعِينِ فَلَا يَلْزَمُ تَسْلِيمُ الْمَهْرِ إِلَّا عِنْدَ التَّمَكُّنِ مِنْ تَسْلَمِ الْعَوَضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: الْأَشْبَهُ عِنْدِي أَنَّ الصَّغِيرَةَ تَسْتَحِقُّ الْمُطَالَبَةَ لَهَا بِنِصْفِ الصَّدَاقِ لِأَنَّ النِّصْفَ يَسْتَحِقُّ بِإِزَاءِ الْحَبْسِ وَهُوَ حَاصِلٌ بِالْعَقْدِ وَالنِّصْفُ الْآخَرُ بِإِزَاءِ الدُّخُولِ فَلَا تَسْتَحِقُّهُ إِلَّا بِالتَّمَكُّنِ أَمَّا لَوْ اسْتَقَرَّ الْمَهْرُ بِالدُّخُولِ ثُمَّ نَشَزَتْ ^(١) الْمَرْأَةُ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ^(٢) وَلَهَا أَوْ لَوَلِيَّهَا أَوْ سَيِّدِهَا إِنْ كَانَتْ أَمَةً الْمُطَالَبَةُ بِالْمَهْرِ ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ وَغَيْرُهُ لِأَنَّ وَجُوبَهُ اسْتَقَرَّ بِالتَّمَكُّنِ فَلَا يُؤْثَرُ فِيهِ مَا طَرَأَ عَلَيْهِ بَعْدَهُ.

* * *

القاعدة التاسعة والأربعون:

القبضُ في العقود على قسمين:

أحدهما: أَنْ يَكُونَ مِنْ مُوجِبِ الْعَقْدِ وَمُقْتَضَاهُ كَالْبَيْعِ اللَّازِمِ وَالرَّهْنِ اللَّازِمِ وَالْهَبَةِ اللَّازِمَةِ وَالصَّدَاقِ وَعَوَضِ الْخُلْعِ فَهَذِهِ الْعُقُودُ تَلْزَمُ مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ، وَإِنَّمَا الْقَبْضُ فِيهَا مِنْ مُوجِبَاتِ عَقُودِهَا.

الثاني: أَنْ يَكُونَ الْقَبْضُ مِنْ تَمَامِ الْعَقْدِ كَالْقَبْضِ فِي السَّلَمِ وَالرَّبَوِيَّاتِ وَفِي الرَّهْنِ وَالْهَبَةِ وَالْوَقْفِ عَلَى رَايَةٍ وَالْوَصِيَّةِ عَلَى وَجْهِ وَفِي بَيْعِ غَيْرِ الْمُعِينِ أَيْضًا عَلَى خِلَافٍ فِيهِ، فَأَمَّا السَّلَمُ فَمَتَى تَفَرَّقَا قَبْلَ قَبْضِ رَأْسِ مَالِهِ بَطُلَ وَكَذَلِكَ فِي الرَّبَوِيَّاتِ، وَأَمَّا الرَّهْنُ وَالْهَبَةُ فَهَلْ يُعْتَبَرُ الْقَبْضُ فِيهِمَا فِي جَمِيعِ الْأَعْيَانِ أَوْ فِي الْمُبْهَمِ غَيْرِ التَّمْيِيزِ كَقَفِيزٍ مِنْ صَبْرَةٍ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ، وَأَمَّا الْوَقْفُ فَفِي لُزُومِهِ بِدُونِ إِخْرَاجِ الْوَقْفِ عَنْ يَدَيْهِ رَوَايَتَانِ مَعْرُوفَتَانِ، وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ فَهَلْ تَلْزَمُ بِالْقَبُولِ فِي الْمُبْهَمِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ. وَاخْتَارَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ أَنَّهَا لَا تَلْزَمُ فِيهِ بِدُونِ قَبْضٍ، وَخَرَجَ صَاحِبُ الْمُعْنِي وَجْهًا ثَالِثًا: أَنَّهَا لَا تَلْزَمُ بِدُونِ الْقَبْضِ مُطْلَقًا كَالْهَبَةِ، وَكَذَلِكَ حَكَى صَاحِبُ الْمُعْنِي وَغَيْرُهُ وَجْهَيْنِ فِي رَدِّ الْمُؤَوَّفِ عَلَيْهِ الْمُعِينِ لِلْوَقْفِ هَلْ يَبْطُلُ بِرَدِّهِ، وَصَرَّحَ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ بِأَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ لَا يَلْزَمُ بِدُونِ الْقَبْضِ وَأَمَّا الْمُسَيِّعُ

(١) النشوز: مصدر نشزت المرأة نشوز إذا استعصت على بعلها وأبغضته ونشز بعلها عليها إذا ضربها وجفأها. غنار الصحاح (١/٢٧٥).

(٢) إلا أن تكون حاملاً، فإذا عادت إلى زوجها كان لها النفقة في المستقبل. تفسير القرطبي (٥/١٧١).

الْمُبْهَمُ فَذَكَرَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ أَنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ بِدُونِ الْقَبْضِ وَذَكَرَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ [أَنَّهُ] لَازِمٌ مِنْ جِهَتِهِ [وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لِلْمُشْتَرِي وَلَعَلَّهُ جَعَلَهُ غَيْرَ لَازِمٍ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ] لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ بَعْدُ، وَاخْتَارَ صَاحِبُ الْمُعْنِي أَنَّهُ لَازِمٌ فِي حَقِّهِمَا جَمِيعًا وَقَالَ هُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخُرَقِيِّ وَأَعْلَمَ أَنَّ كَثِيرًا مِنَ الْأَصْحَابِ يَجْعَلُ الْقَبْضَ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ مُعْتَبَرًا لِلزُّومِهَا وَاسْتِمْرَارِهَا لَا لِانْعِقَادِهَا وَإِنْشَائِهَا، وَمِمَّنْ صَرَّحَ بِذَلِكَ صَاحِبُ الْمُعْنِي وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ وَصَاحِبُ التَّلْخِيصِ وَغَيْرُهُمْ، وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ جَعَلَ الْقَبْضَ فِيهَا شَرْطًا لِلصَّحَّةِ وَمِمَّنْ صَرَّحَ بِذَلِكَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِيهِ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ وَالْهَبَةِ.

وَقَالَ فِي الشَّرْحِ: مَذْهَبُنَا أَنَّ الْمَلِكَ فِي الْمَوْهُوبِ لَا يَثْبُتُ بِدُونِ الْقَبْضِ وَفُرِعَ عَلَيْهِ إِذَا دَخَلَ وَقْتُ الْغُرُوبِ مِنْ لَيْلَةِ الْفِطْرِ وَالْعَبْدُ مَوْهُوبٌ لَمْ يَقْبُضْ ثُمَّ قَبِضَ وَقُلْنَا: يُعْتَبَرُ فِي هَيْتِهِ الْقَبْضُ فَقَطَّرْتُهُ عَلَى الْوَاهِبِ. وَكَذَلِكَ صَرَّحَ ابْنُ عَقِيلٍ بِأَنَّ الْقَبْضَ رُكْنٌ مِنْ أَرْكَانِ الْهَبَةِ كَالْإِيجَابِ فِي غَيْرِهَا وَكَلَامُ الْخُرَقِيِّ يَدُلُّ عَلَيْهِ أَيْضًا، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ وَصَرَّحَ بِهِ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ، وَلَكِنَّ صَاحِبَ الْمُحَرَّرِ لَمْ يَذْكُرْ فِي الرَّهْنِ إِلَّا أَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ لِلزُّومِ، وَصَرَّحَ أَبُو بَكْرٍ بِأَنَّهُ شَرْطٌ لِصِحَّتِهِ وَأَنَّ الرَّهْنَ يَبْطُلُ بِزَوَالِهِ وَكَذَلِكَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي شَرْحِ الْهَدَايَةِ وَالشِّيرَازِيِّ وَغَيْرُهُمَا. وَأَمَّا الْقَرْضُ وَالصَّدَقَةُ وَالزَّكَاةُ وَغَيْرُهَا فَفِيهَا طَرِيقَانِ إِحْدَاهُمَا لَا يُمْلِكُ إِلَّا بِالْقَبْضِ رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْمُجَرَّدِ وَالْمُبْهَجِ وَنَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي مَوَاضِعَ. وَالثَّانِيَةُ: أَنَّهُ فِي الْمُبْهَمِ لَا يُمْلِكُ بِدُونِ الْقَبْضِ بِخِلَافِ الْمُعِينِ فَإِنَّهُ يُمْلِكُ فِيهِ بِالْعَقْدِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي مُفْرَدَاتِهِ وَالْحُلُوانِيِّ وَأَيْنَهُ إِلَّا أَنَّهُمَا حُكْمًا فِي الْمُعِينِ رَوَايَتَيْنِ كَالْهَبَةِ، وَأَمَّا السَّهْمُ مِنَ الْغَنِيمَةِ فَيُمْلِكُ بِدُونِ الْقَبْضِ إِذَا عَيَّنَّهُ الْإِمَامُ بِغَيْرِ خِلَافٍ صَرَّحَ بِهِ الْحُلُوانِيُّ وَابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُمَا، وَأَمَّا الْعَارِيَةُ فَلَا تُمْلِكُ بِدُونِ الْقَبْضِ إِنْ قِيلَ لَهَا هَبَةٌ مُنْفَعَةٌ وَخَرَجَ الْقَاضِي فِيهَا رَوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ تُمْلِكُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ كَهَبَةِ الْأَعْيَانِ وَتَلْزَمُ إِذَا كَانَتْ مُوقَّتَةً وَإِنْ قِيلَ هِيَ إِبَاحَةٌ فَلَا يَحْصُلُ الْمِلْكُ فِيهَا بِحَالٍ بَلْ يُسْتَوْفَى عَلَى مِلْكِ الْمَالِكِ كَطَعَامِ الضَّيْفِ.

قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: التَّحْقِيقُ أَنَّ يَقَالَ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ: إِذَا لَمْ يَحْصُلِ الْقَبْضُ فَلَا عَقْدٌ، وَإِنْ كَانَ بَعْضُ الْفُقَهَاءِ يَقُولُ بَطْلُ الْعَقْدِ فَكَمَا يَقَالُ إِذَا لَمْ يَقْبَلِ الْمُخَاطَبُ بَطْلُ الْإِيجَابِ فَهَذَا بُطْلَانٌ مَا لَمْ يَتِمَّ لَا بُطْلَانٌ مَا تَمَّ أَنْتَهَى. وَلَا يُسْتَبَعَدُ تَوَقُّفُ انْعِقَادِ الْعَقْدِ عَلَى أَمْرِ زَائِلٍ عَلَى الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ كَمَا يَتَوَقَّفُ انْعِقَادُ النِّكَاحِ مَعَهُمَا عَلَى الشَّهَادَةِ. وَفِي الْهَبَةِ وَجْهٌ ثَالِثٌ حُكْمِي

عَنْ ابْنِ حَامِلٍ أَنَّ الْمَلِكَ فِيهَا يَقَعُ مُرَاعَى فَإِنْ وَجَدَ الْقَبْضُ تَبَيَّنَا أَنَّهُ كَانَ لِلْمَوْهُوبِ بَقُولِهِ وَإِلَّا فَهُوَ لِلْوَاهِبِ، وَقُرِعَ عَلَى ذَلِكَ حُكْمُ الْفِطْرَةِ وَقَدْ يَطْرُدُ قَوْلُهُ بِالْوَقْفِ وَالْمُرَاعَاةِ إِلَى بَقِيَّةِ هَذِهِ الْعُقُودِ. وَأَمَّا الْبَيْعُ الَّذِي يُعْتَبَرُ لَهُ الْقَبْضُ فِيهِ كَلَامُ أَبِي بَكْرٍ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَنْعَقِدُ بِدُونِ الْقَبْضِ أَيْضًا، فَإِنَّهُ قَالَ: إِذَا اشْتَرَاهُ كَيْلًا فَلَا يَقَعُ بَيْنَهُمَا إِلَّا كَيْلًا وَتَأَوَّلَهُ الْقَاضِي عَلَى نَفْيِ الضَّمَّانِ وَهُوَ بَعِيدٌ قَالَ: لِأَنَّ أَحْمَدَ قِيلَ لَهُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَشِيشٍ أَلَيْسَ قَدْ مَلَكَهُ الْمُشْتَرِي؟ قَالَ بَلَى وَلَكِنْ هُوَ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ يَعْنِي إِذَا تَلَفَ، قُلْتُ: لَكِنْ صَرَحَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ بِانْتِقَالِ الْمَلِكِ قَبْلَ الْقَبْضِ، فَقَالَ: أَمَّا مَا يَكَالُ وَيُوزَنُ فَلَا بُدَّ لِلْبَائِعِ أَنْ يَوْفِيَهُ الْمُبْتَاعَ لِأَنَّ مِلْكَ الْبَائِعِ فِيهِ قَائِمٌ حَتَّى يَوْفِيَهُ الْمُشْتَرِي وَمَا يَكَالُ وَلَا يُوزَنُ إِذَا كَانَ مَعْلُومًا فَهُوَ مِلْكٌ لِلْمُشْتَرِي فَمَا لَزِمَهُ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ عَلَيْهِ. وَقَالَ أَيْضًا فِي طَعَامٍ أُشْتَرِيَ بِالصِّفَةِ: وَلَا يُحَوَّلُ الْبَائِعُ الثَّمَنَ وَالْبَائِعُ مَالِكٌ بَعْدَ مَا لَمْ يَكَلِّهِ الْمُشْتَرِي وَهَذَا صَرِيحٌ لَا يُمَكِّنُ تَأْوِيلَهُ، فَيَكُونُ إِذَا عَنْ أَحْمَدَ فِي انْتِقَالِ الْمَلِكِ فِي بَيْعِ الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ بِدُونِ الْقَبْضِ رَوَايَتَانِ.

* * *

القاعدة الخمسون:

هَلْ يَتَوَقَّفُ الْمَلِكُ فِي الْعُقُودِ الْفَهْرِيَّةِ عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ أَوْ يَقَعُ بِدُونِهِ مَضْمُونًا فِي الذِّمَّةِ هَذَا عَلَى ضَرِيحَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: التَّمَلُّكُ الْاضْطِرَّارِيُّ كَمَنْ اضْطُرَّ إِلَى طَعَامٍ الْغَيْرِ وَمَنْعَهُ وَقَدَّرَ عَلَى أَخْذِهِ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُ مَضْمُونًا سِوَاكَ كَانَ مَعَهُ ثَمَنٌ يَدْفَعُهُ فِي الْحَالِ أَوْ لَا لِأَنَّ ضَرَرَهُ لَا يَنْدَفِعُ إِلَّا بِذَلِكَ^(١).

وَالثَّانِي: مَا عَدَدَهُ مِنَ التَّمْلِيكَاتِ الْمَشْرُوعَةِ لِإِزَالَةِ ضَرَرٍ مَا كَالْأَخْذِ بِالشَّعْصَعَةِ وَأَخْذِ الْغُرَاسِ وَالْبِنَاءِ مِنَ الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ وَالزَّرْعِ وَمِنْ الْغَاصِبِ وَتَقْوِيمِ الشَّقْصِ مِنَ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ إِذَا قِيلَ إِنَّهُ تَمَلَّكُ يَقِفُ عَلَى التَّقْوِيمِ، وَكَالْفُسُوحِ الَّتِي يَسْتَقِلُّ بِهَا الْبَائِعُ بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ يَتَخَرَّجُ ذَلِكَ كُلُّهُ عَلَى وَجْهَيْنِ فَإِنَّ لِأَصْحَابِنَا فِي الْأَخْذِ بِالشَّعْصَعَةِ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَمْلِكُ بِدُونِ دَفْعِ الثَّمَنِ وَهُوَ مُحْكِيٌّ عَنْ ابْنِ عَقِيلٍ وَيَشْهَدُ لَهُ نَصُّ أَحْمَدَ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُحْضِرِ الْمَالَ مَدَّةً طَوِيلَةً بَطَلَتْ شَفَعَتُهُ.

(١) والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ٢١٧]، ولأن الضرورات تبيح المحظورات كما هو مقرر، على أن تقدر الضرورة بقدرها فيأخذ ما يندفع به شره فقط ويضمن ثمنه.

وَالثَّانِي: تَمْلِكُ بِدُونِهِ مَضْمُونًا فِي الذِّمَّةِ، وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي فَسْخِ الْبَائِعِ أَنَّهُ لَا يُفْذَلُ بِدُونِ رَدِّ الثَّمَنِ قَالَ أَبُو طَالِبٍ: قُلْتُ لِأَحْمَدَ: يَقُولُونَ: إِذَا كَانَ لَهُ الْخِيَارُ فَمَتَى قَالَ اخْتَرْتُ دَارِي أَوْ أَرْضِي فَالْخِيَارُ لَهُ وَيَطَالِبُ بِالثَّمَنِ، قَالَ: [كَيْفَ] لَهُ الْخِيَارُ وَلَمْ يُعْطِهِ مَالَهُ لَيْسَ هَذَا بِشَيْءٍ إِنْ أَعْطَاهُ فَلَهُ الْخِيَارُ وَإِنْ لَمْ يُعْطِهِ مَالَهُ فَلَيْسَ لَهُ الْخِيَارُ، وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيَّ الدِّينِ ذَلِكَ، وَقَدْ يَتَخَرَّجُ مِثْلُهُ فِي سَائِرِ الْمَسَائِلِ لِأَنَّ التَّسْلِيْطَ عَلَى انْتِزَاعِ الْأَمْوَالِ قَهْرًا إِنْ لَمْ يَقْتَرِنْ بِهِ دَفْعُ الْعَوَضِ وَإِلَّا حَصَلَ بِهِ ضَرُورَةٌ فَسَادٌ وَأَصْلُ الْاِئْتِزَاعِ الْقَهْرِيُّ إِمَّا شَرَعَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ وَالضَّرَرُ لَا يَزَالُ بِالضَّرَرِ، وَقَدْ يَفْرُقُ بَيْنَ مَسْأَلَةِ أَبِي طَالِبٍ وَبَقِيَّةِ الْمَسَائِلِ بِأَنَّ الْبَائِعَ لَوْ فَسَخَ مِنْ غَيْرِ دَفْعِ الثَّمَنِ اجْتَمَعَ لَهُ الْعَوَضُ وَالْمُعَوَضُ، وَذَلِكَ مُمْتَنِعٌ وَلَا يُوْجَدُ مِثْلُهُ فِي بَقِيَّةِ الصُّوَرِ إِذْ أَكْثَرُ مَا فِيهَا التَّمْلِكُ وَبِعَوَضٍ فِي الذِّمَّةِ وَهُوَ جَائِزٌ كَالْقَرْضِ وَغَيْرِهِ.

تَنْبِيْهُ: الْأَمْلَاكُ الْقَهْرِيَّةُ تُخَالِفُ الْاِخْتِيَارِيَّةَ مِنْ جِهَةِ أَسْبَابِهَا وَشُرُوطِهَا وَأَحْكَامِهَا وَتَمْلِكُ مَا لَا يَتَمْلِكُ بِهَا.

أَمَّا الْأَوَّلُ: فَيَحْصُلُ التَّمْلِكُ الْقَهْرِيُّ بِالْاِسْتِيلَاءِ عَلَى مِلْكِ الْغَيْرِ الْأَجْنَبِيِّ، بِخِلَافِ الْاِخْتِيَارِيِّ.

وَأَمَّا الثَّانِي: فَالتَّمْلِكُ الْقَهْرِيُّ كَالْاِخْتِارِ بِالشُّقْعَةِ هَلْ يُشْتَرَطُ مَنَفَعَتُهُ كَالْبَيْعِ أَمْ لَا لِأَنَّهُ قَهْرِيٌّ كَالْمِيرَاثِ، قَالَ فِي التَّلْخِيصِ: فِيهِ تَرَدُّدٌ.

وَأَمَّا الثَّلَاثُ: فَقَدْ ذَكَرْنَا اشْتِرَاطَ دَفْعِ الثَّمَنِ لِلتَّمْلِكِ الْقَهْرِيِّ، وَلِلْمُشْتَرِي حِسِّ الشَّخْصِ الْمَشْفُوعِ عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ بِدُونِهِ وَيُفْذَلُ تَصَرُّفُ الشَّمْعِ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَهَلْ يَثْبُتُ لَهُ فِيهِ خِيَارُ الْمَجْلِسِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ قَالَ فِي التَّلْخِيصِ: وَيَخْرُجُ التَّرَدُّدُ فِي الْجَمِيعِ نَظْرًا إِلَى الْجِهَتَيْنِ.

وَأَمَّا الرَّابِعُ: فَيَمْلِكُ الْكَافِرُ الْعَبْدَ الْمُسْلِمَ بِالْإِرْثِ وَيَرُدُّهُ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ وَنَحْوِهِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ وَيَاسْتِيلِدُ الْمُسْلِمَ أَمَتَهُ وَبِالْقَهْرِ، وَكَذَلِكَ تَمْلِكُ الْمَصَاحِفُ بِهَذِهِ الْأَسْبَابِ، وَهَلْ يَمْلِكُ أَمٌّ وَلَدَ الْمُسْلِمِ بِالْقَهْرِ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ وَتَمْلِكُ بِالْمِيرَاثِ الْخَمْرُ وَالْكَلْبُ وَكَذَا الصَّيْدُ فِي حَقِّ الْمُحْرَمِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ وَلَا يَتَمْلِكُ ذَلِكَ كُلَّهُ بِالْاِخْتِيَارِ.

* * *

القاعدة الحادية والخمسون:

فِيمَا يُعْتَبَرُ الْقَبْضُ لِدُخُولِهِ فِي ضَمَانِ مَالِكِهِ وَمَا لَا يُعْتَبَرُ لَهُ الْمِلْكُ يَقَعُ تَارَةً بِعَقْدٍ وَتَارَةً بِغَيْرِ عَقْدٍ وَالْعُقُودُ ثَوَاعِنُ:

أَحَدُهُمَا: عَقُودُ الْمُعَاوَضَاتِ الْمَحْضَةِ فَيَسْتَقِلُّ الضَّمَانُ فِيهَا إِلَى مَنْ يَسْتَقِلُّ الْمَلِكُ إِلَيْهِ بِمَجَرَّدِ التَّمَكُّنِ مِنَ الْقَبْضِ التَّامِّ وَالْحِيَازَةِ إِذَا تَمَيَّزَ الْمُعَقُّودُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِهِ وَتَعَيَّنَ فَاَمَّا الْمُسَبِّحُ الْمُبْهَمُ غَيْرُ الْمُتَعَيَّنِ كَقَفِيزٍ مِنْ صَبْرَةٍ فَلَا يَسْتَقِلُّ ضَمَانُهَا بِدُونِ الْقَبْضِ، وَهَلْ يَكْفِي كَيْلُهُ وَتَمَيُّزُهُ أَمْ لَا بُدَّ مِنْ نَقْلِهِ؟ حَكَى الْأَصْحَابُ فِيهِ رَوَاتَيْنِ ثُمَّ لَهُمْ طَرِيقَانِ: مِنْهُنَّ مَنْ يَقُولُ هَلِ التَّخْلِيَةُ قَبْضٌ فِي جَمِيعِ الْأَعْيَانِ الْمُسَبِّحَةِ أَمْ لَا بُدَّ مِنْ نَقْلِهِ؟ حَكَى الْأَصْحَابُ فِيهِ رَوَاتَيْنِ، وَمِنْهُنَّ مَنْ يَقُولُ: التَّخْلِيَةُ قَبْضٌ فِي الْمُسَبِّحِ الْمُتَعَيَّنِ رَوَايَةً وَاحِدَةً، وَفِيمَا لَيْسَ بِمُتَعَيَّنٍ إِذَا عَيَّنَ وَخَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ رَوَاتَيْنِ وَكِلَا الطَّرِيقَيْنِ مَسْلُكُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَلَهُ فِي طَرِيقَةٍ ثَالِثَةٍ سَلَكُهَا فِي الْمَجَرَّدِ أَنَّ الْكَيْلَ قَبْضٌ لِلْمُبْهَمِ رَوَايَةً وَاحِدَةً، وَذَكَرَ قَوْلَ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ مُحَمَّدَ بْنَ الْحَسَنِ بْنِ هَارُونَ قَبْضُهُ كَيْلُهُ وَالتَّخْلِيَةُ قَبْضٌ فِي الْمُعَيَّنَاتِ عَلَى رَوَاتَيْنِ وَهَذِهِ أَصَحُّ مِمَّا قَبْلَهَا وَقَدْ فَرَّقَ أَحْمَدُ بَيْنَ الْمُبْهَمِ فَجَعَلَ قَبْضُهُ كَيْلُهُ وَبَيْنَ الصَّبْرَةِ فَجَعَلَ قَبْضُهَا نَقْلُهَا فِي رَوَايَةِ الْأَثَرِ لِأَنَّ الْمُبْهَمَ إِذَا كِيلَ فَقَدْ حَصَلَ فِيهِ التَّمَيُّزُ وَزِيَادَةُ وَهِيَ اعْتِبَارُ قَدْرِهِ وَكِلَاهُمَا مِنْ فِعْلِ الْبَائِعِ وَهُوَ الْوَاجِبُ عَلَيْهِ وَلَمْ يُوْجَدْ فِي بَقِيَّةِ الْمُعَيَّنَاتِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ سِوَى تَمَيُّزِهَا بِنَفْسِهَا، وَعَلَى الطَّرِيقَةِ الْأُولَى فَيَكُونُ بَعْدَ كَيْلِهِ وَتَمَيُّزِهِ كَسَائِرِ الْأَعْيَانِ الْمُتَمَيِّزَةِ وَمَا عَدَا ذَلِكَ مِنَ الْأَعْيَانِ الْمُتَمَيِّزَةِ فَهُوَ دَاخِلٌ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي بِالْعَقْدِ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ لِتَمَكُّنِهِ مِنْ قَبْضِهِ التَّامِّ بِالْحِيَازَةِ وَقَدْ انْقَطَعَتْ عِلْقُ الْبَائِعِ مِنْهُ لِأَنَّ عَلَيْهِ تَسْلِيمَهُ وَالتَّمَكُّنَ مِنْ قَبْضِهِ وَقَدْ حَصَلَ، إِلَّا التَّمَرُّ الْمُشْتَرَى فِي رُءُوسِ شَجَرِهِ فَإِنَّ الْمُشْتَرِي لَا يَتِمَكَّنُ مِنْ تَمَامِ قَبْضِهِ فِي الْحَالِ بِحِيَازَتِهِ إِلَيْهِ، وَكَذَلِكَ مَا لَا يَتَأْتَى نَقْلُهُ فِي سَاعَةٍ وَاحِدَةٍ لِكَثْرَتِهِ فَإِنَّهُ لَا يَسْتَقِلُّ إِلَى ضَمَانَةِ الْمُشْتَرِي إِلَّا بَعْدَ مُضِيِّ زَمَنِ يَتَأْتَى فِيهِ نَقْلُهُ عَادَةً صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ فَالْناقلُ لِلضَّمَانِ هُوَ الْقُدْرَةُ التَّامَّةُ عَلَى الاسْتِيفَاءِ وَالْحِيَازَةِ وَحُكْمُ الْمُبْهَمِ الْمُشْتَرَى بِعَدْوٍ أَوْ ذَرْعٍ كَذَلِكَ، وَأَنكَرَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ دُخُولَ الْمَعْدُودِ فِيهِ، وَلَعَلَّ مُرَادَهُ إِذَا اشْتَرَى صَبْرَةً، وَأَمَّا الْمُسَاعُ فَكَالْمُتَعَيَّنِ لِأَنَّ تَسْلِيمَهُ يَكُونُ عَلَى هَيْئَةٍ لَا يَقِفُ عَلَى إِفْرَازِهِ كَذَلِكَ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَالصَّبْرَةُ الْمُبْتَاعَةُ كَيْلًا أَوْ وَزَنًا كَالْقَفِيزِ الْمُبْهَمِ عِنْدَ الْخَرَقِيِّ وَأَبِي بَكْرٍ وَالْأَكْثَرِينَ لِأَنَّ عِلْقَ الْبَائِعِ لَمْ تَنْقَطَعْ مِنْهَا وَلَمْ تَتَمَيَّزْ فَإِنَّ زِيَادَتَهَا لَهُ وَنَقْصُهَا عَلَيْهِ، وَفِي التَّلْخِيصِ أَنَّ بَعْضَ الْأَصْحَابِ خَرَجَ فِيهَا وَجْهًا بِالْحَقَاقِهَا بِالْعَبْدِ وَالْثَوْبِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْعِلَّةَ اخْتِلَاطُ الْمُسَبِّحِ بِغَيْرِهِ. قَالَ وَهُوَ ضَعِيفٌ، قَالَ: وَاسْتَشْنَى بَعْضُ أَصْحَابِنَا مِنْهَا حَمْدَهُ فِي

الصَّرْفُ لِقَوْلِهِ [عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ]: «إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ»^(١).

ومُرَادُهُ: أَنَّ الشَّارِعَ اعْتَبَرَ لَهُ الْقَبْضَ فَالْتَحَقَ بِالْمُبْهَمَاتِ وَنَقَلَ صَالِحٌ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَمَاتَ فِي يَدِ الْمُتَبَاعِ هُوَ مِنْ مَالِ الْمُتَبَاعِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ الْمُتَبَاعُ تَسْلَمُهُ فَلَا يَتَسَلَّمُهُ وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ يَكُونُ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَمْتَنِعَ الْمُشْتَرِي مِنْ تَسْلَمِهِ بَعْدَ عَرْضِهِ عَلَيْهِ فَيَدْخُلُ فِي ضَمَانِهِ، وَنَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْهُ إِذَا عَرَضَهُ الْبَائِعُ عَلَيْهِ وَلَمْ يَقْضِهِ الثَّمَنَ فَتَلَفَ فَهُوَ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ، وَإِنْ تَقَدَّ الثَّمَنُ وَتَرَكَهُ عِنْدَهُ فَهُوَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي، وَيَلْتَحِقُ بِهِذِهِ الْمَضْمُونَاتُ مِنَ الْمَسِيحِ مَا اشْتَرَى بِصِفَةٍ أَوْ رُؤْيَا سَابِقَةٍ عَلَى الْعَقْدِ لِأَنَّ الْغَنِيَةَ مَانِعَةٌ مِنَ التَّمَكُّنِ مِنَ الْقَبْضِ، فَأَمَّا الْمَسِيحُ فِي مَكَانٍ أَوْ زَمَانٍ يَغْلِبُ فِيهِ هَلَاكُ السَّلْعَةِ فَهَلْ يَكُونُ مَضْمُونًا عَلَى الْبَائِعِ مُطْلَقًا أَمْ لَا؟ هَذِهِ مَسْأَلَةٌ تَبَايَعِ الْغَنِيَةِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ إِذَا غَلَبَ عَلَيْهَا الْعَدُوُّ بَعْدَ ذَلِكَ وَعَنْ أَحْمَدَ فِي ضَمَانِهَا رَوَايَتَانِ، كَذَا حَكَى الْأَصْحَابُ وَلَمْ يُفَرِّقْ أَكْثَرُهُمْ بَيْنَ مَا قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ.

[وظَاهِرُ] كَلَامِ ابْنِ عَقِيلِ التَّفْرِيقُ وَأَنَّهُ قَبْلَ الْقَبْضِ مِنَ ضَمَانِ الْبَائِعِ قَوْلًا وَاحِدًا كَالثَّمَرِ الْمُعْلَقِ فِي رُءُوسِ الشَّجَرِ لَتَعَرُّضِهِ لِلْآفَاتِ وَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّ الثَّمَرَ لَمْ يَتِمَّكُنِ الْمُشْتَرِي مِنْ قَبْضِهِ تَامًا بِخِلَافِ الْمَسِيحِ الْمُعِينِ فِي دَارِ الْحَرْبِ، وَخَصَّ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ذَلِكَ بِمَالِ الْغَنِيَةِ لِأَنَّ تَطَلُّبَ الْكُفَّارِ لَهَا شَدِيدٌ وَحِرْصُهُمْ عَلَى اسْتِرْدَادِهَا مَعْلُومٌ بِخِلَافِ غَيْرِهَا مِنْ أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ وَحَكَى ابْنُ عَقِيلٍ فِي تَبَايَعِ الْمُسْلِمِينَ أَمْوَالَهُمْ بَيْنَهُمْ بِدَارِ الْحَرْبِ إِذَا غَلَبَ عَلَيْهَا الْعَدُوُّ قَبْلَ قَبْضِهِ وَجْهَيْنِ كَمَالِ الْغَنِيَةِ فَأَمَّا مَا يَبِيعُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فِي زَمَنِ نَهْبٍ وَنَحْوِهِ فَمَضْمُونٌ عَلَى الْمُشْتَرِي قَوْلًا وَاحِدًا ذَكَرَهُ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ كَثِيرًا مَنْ يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ هَلَاكُهُ كَمَرِيضٍ مَيْتُوسٍ مِنْهُ أَوْ مُرْتَدٍّ أَوْ قَاتِلٍ فِي مُحَارَبَةٍ أَوْ فِي زَمَنِ طَاعُونٍ غَالِبٍ، وَيَحْتَمَلُ فِي هَذَا أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ التَّلَفِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ فَأَمَّا الْأَعْيَانُ الْمَمْلُوكَةُ بِعَقْدٍ غَيْرِ الْبَيْعِ كَالصُّلْحِ وَالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالْعَتَقِ وَنَحْوِ ذَلِكَ فَحُكْمُهَا حُكْمُ الْبَيْعِ فِيمَا ذَكَرْنَا عِنْدَ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ. قَالَ فِي الْمَغْنِيِّ: لَيْسَ فِيهِ اخْتِلَافٌ، وَحَكَى أَبُو الْخَطَّابِ وَمَنْ أَتْبَعَهُ رَوَايَةً بِأَنَّ الصَّدَاقَ مَضْمُونٌ عَلَى الزَّوْجِ قَبْلَ الْقَبْضِ مُطْلَقًا فَإِنَّهُ نَصٌّ فِيمَا إِذَا أَصْدَقَهَا غُلَامًا فَفَقِنْتُ عَيْنَهُ

(١) نصه: «الذهب بالورق ربا إلا هاء هاء، والبر بالبر ربا إلا هاء هاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء هاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء هاء». أخرجه ابن حبان في صحيحه (٣٨٧/١١) وأبو داود في باب الصرف حديث رقم (٣٣٤٨) (٣/٢٤٨).

قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ أَنْ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ وَتَأْوَلَّهَا الْقَاضِي عَلَى أَنَّ الزَّوْجَ فَقَّا عَيْنَهُ أَوْ أَنَّهُ امْتَنَعَ مِنَ التَّسْلِيمِ حَتَّى فُقِنَتْ عَيْنُهُ فَيَكُونُ ضَامِنًا بِلا رَيْبٍ وَيُمْكِنُ أَنْ يُخْرَجَ مِنْ هَذَا رَوَايَةٌ بِأَنَّ ضَمَانَ جَمِيعِ الْأَعْيَانِ لَا تَتَقَلُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ فِي الْبَيْعِ وَغَيْرِهِ وَخَرَجَهَا بَعْضُ الْأَصْحَابِ رَوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ مِنْ نَصِهِ عَلَى ضَمَانِ صَبْرِ الطَّعَامِ عَلَى الْبَائِعِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ تَأْوَلَّهَا عَلَى أَنَّهَا يَبْعَتُ كَيْلًا، وَمِنْهُمْ مَنْ أَقْرَاهَا رَوَايَةً فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَإِنْ يَبْعُ جُزْأً، وَمِنْهُمْ مَنْ خَرَجَ مِنْهَا رَوَايَةً فِي جَمِيعِ الْأَعْيَانِ الْمُتَمَيِّزَةِ وَمَأْخَذُ ذَلِكَ أَنَّ عُلُقَ الْمَلِكِ لَا تَنْقَطِعُ عَنْهُ بِدُونِ الْقَبْضِ لِأَنَّهُ تَسْلِيمُهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ بِحَقِّ الْعَقْدِ وَلَمْ يُوْجَدْ فَلَمْ تَتِمَّ أَحْكَامُ الْعَقْدِ فَكَانَ مَضْمُونًا عَلَى الْمَمْلُوكِ وَهَذِهِ شِبْهُ ابْنِ عَقِيلِ الَّتِي اعْتَمَدَهَا فِي أَنَّ ضَمَانَ جَمِيعِ الْأَعْيَانِ عَلَى الْبَائِعِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَهِيَ ضَعِيفَةٌ فَإِنَّ الْبَائِعَ عَلَيْهِ التَّمَكُّنُ مِنَ الْقَبْضِ وَهُوَ مَعْنَى التَّسْلِيمِ فَإِذَا وَجِدَ مِنْهُ فَقَدْ قَضَى مَا عَلَيْهِ، وَأَمَّا النُّقْلُ فَهُوَ عَلَى الْمُشْتَرِي دُونَ الْبَائِعِ وَهُوَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ لِتَفْرِيعِ مَلِكِ الْبَائِعِ مِنْ مَلِكِهِ، فَكَيْفَ يَكُونُ تَعَدِيهِ بِشُغْلِ أَرْضِ الْمَالِكِ بِمَلِكِهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ أَوْ مَعَ مَطَالِبَتِهِ بِتَفْرِيعِهِ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ عَلَى الْبَائِعِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ النِّكَاحِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ بِأَنَّ الْمَهْرَ فِي النِّكَاحِ لَيْسَ بِعَوَضٍ أَصْلِيٍّ بَلْ هُوَ شَيْءٌ بِالْهَبَةِ، وَلِهَذَا سَمَّاهُ اللَّهُ نِحْلَةً فَلَا يَتَقَلُّ ضَمَانُهُ إِلَى الْمَرْأَةِ بِدُونِ الْقَبْضِ كَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالزَّكَاةِ، وَهَذَا كُلُّهُ فِي الْأَعْيَانِ. فَأَمَّا الْمَنَافِعُ فِي الْإِجَارَةِ لَا تَدْخُلُ فِي ضَمَانِ الْمُسْتَأْجِرِ بِدُونِ الْقَبْضِ أَوْ التَّمَكُّنِ مِنْهُ أَوْ تَقَوُّهُ بِاخْتِيَارِهِ فَإِنْ اسْتَوْفَى الْمَنَافِعَ فَلَا كَلَامَ وَإِنْ تَمَكَّنَ مِنْ اسْتِيفَائِهَا بِقَبْضِ الْعَيْنِ أَوْ تَسْلِيمِ الْأَجِيرِ الْخَاصِّ نَفْسَهُ تَلَفَتْ مِنْ ضَمَانِهِ أَيْضًا لِتَمَكُّنِهِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ.

وَالنُّوعُ الثَّانِي: عَقُودٌ لَا مُعَاوَضَةً فِيهَا كَالصَّدَقَةِ وَالْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ، فَالْوَصِيَّةُ تُمْلِكُ بِدُونِ الْقَبْضِ وَالْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ فِيهِمَا خِلَافٌ سَبَقَ فَإِذَا قِيلَ لَا يُمْلِكَانِ بِدُونِ الْقَبْضِ فَلَا كَلَامَ لَكِنْ هَلْ يَكْتَفِي بِالْقَبْضِ فِيهِمَا بِالتَّخْلِيَةِ عَلَى رَوَايَةٍ كَالْبَيْعِ أَمْ لَا بَدْءٌ مِنَ النُّقْلِ؟ بَارَكْتَ الْأَصْحَابُ عَلَى تَسْوِيَةِ الرَّهْنِ وَالْهَبَةِ بِالْبَيْعِ فِي كَيْفِيَةِ الْقَبْضِ، وَاخْتَارَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ أَنَّهُ لَا يَكْفِي التَّمَكُّنُ هَهُنَا فِي الزُّرْمِ فَفِي أَصْلِ الْمَلِكِ أَوَّلَى قَالَ: لِأَنَّ الْقَبْضَ هُنَا سَبَبُ الْاسْتِحْقَاقِ بِخِلَافِ الْقَبْضِ فِي الْبَيْعِ فَإِنَّ الْعَقْدَ سَبَبُ لاسْتِحْقَاقِ الْقَبْضِ فَيَكْفِي فِيهِ التَّمَكُّنُ. وَإِنْ قِيلَ يَحْصُلُ الْمَلِكُ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا عَلَى الْمَلِكِ إِذَا تَلَفَ فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ مَنْعٍ لِأَنَّهَا عَقُودٌ بِرٍّ وَتَبَرُّعٍ فَلَا يَقْتَضِي الضَّمَانَ وَكَلَامُ الْأَصْحَابِ يَشْهَدُ لِذَلِكَ. وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ إِذَا ثَبَتَ الْمَلِكُ لِلْمَوْصَى لَهُ إِمَّا بِالْمَوْتِ بِمَجَرَّدِهِ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ أَوْ بِالْمَوْتِ مُرَاعَى

بِالْقَبُولِ أَوْ بِالْقَبُولِ مِنْ حِينِهِ دُونَ مَا قَبْلَهُ عَلَى اخْتِلَافِ الْوُجُوهِ فِي الْمَسْأَلَةِ فَإِنَّ ضَمَانَهُ مِنْ حِينَ الْقَبُولِ عَلَى الْمُوصَى لَهُ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ إِذَا كَانَ مُتِمِّكًا مِنْ قَبْضِهِ وَأَمَّا [مَا] قَبْلَ الْقَبُولِ فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ الْمُوصَى لَهُ أَيْضًا وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ وَالْخِرَقِيِّ وَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي كِتَابِ الْعَتَقِ، وَكَذَلِكَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ وَالتَّرْغِيبِ وَغَيْرُهُمْ، وَلَمْ يَحْكُوا فِيهِ خِلَافًا. وَهَذَا لِأَنَّا إِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ بِمُجَرَّدِ الْمَوْتِ إِمَّا مَعَ الْقَبُولِ أَوْ بِدُونِهِ فَهُوَ مِلْكُهُ فَإِذَا تَمَكَّنَ مِنْ قَبْضِهِ كَانَ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ كَمَا لَوْ مَلَكَهُ يَهْبَةً أَوْ غَيْرَهَا مِنَ الْعُقُودِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا مِنْ حِينَ الْقَبُولِ فَلَأَنَّ حَقَّهُ تَعَلُّقَ بِالْغَيْرِ تَعَلُّقًا يَمْنَعُ الْوَرَثَةَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ فَاشْبَهَ الْعَبْدَ الْجَانِي إِذَا أَخَّرَ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ اسْتِيفَاءَ حَقِّهِ حَتَّى نَقَصَ أَوْ تَلَفَ، وَلَأَنَّ حَقَّ الْمُوصَى لَهُ فِي التَّمْلِكِ ثَابِتٌ لَا يُمْكِنُ إِبْطَالُهُ فَكَانَ ضَمَانُ النِّقْصِ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ لَهُ الْمِلْكُ كَمَا فِي رِنَحِ الْمُضَارَبَةِ إِذَا قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ إِلَّا بِالْقِسْمَةِ وَنِصْفِ الصَّدَاقِ إِذَا قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ إِلَّا بِالتَّمْلِكِ وَالْمَعَانِمِ إِذَا قُلْنَا: لَا تَمْلِكُ بِدُونِ الْقِسْمَةِ بِخِلَافِ بَقِيَّةِ الْعُقُودِ فَإِنَّ الْحَقَّ فِيهَا يُمْكِنُ إِبْطَالُهُ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: لَا يَدْخُلُ فِي ضَمَانِهِ إِلَّا بِالْقَبُولِ عَلَى الْوُجُوهِ كُلِّهَا وَهُوَ الْمَجْزُومُ بِهِ فِي الْمُحَرَّرِ لِأَنَّهُ إِنْ قِيلَ: لَا يَمْلِكُ إِلَّا مِنْ حِينِهِ فَوَاضِحٌ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ قَبْلَ ذَلِكَ كُلِّهِ عَلَى مِلْكِهِ فَلَا يُحْسَبُ نَقْصُهُ عَلَيْهِ، وَإِنْ قِيلَ يَمْلِكُهُ بِالْمَوْتِ فَالْعَيْنُ مَضْمُونَةٌ عَلَى التَّرَكَةِ بِدَلِيلِ مَا لَوْ تَلَفَتْ قَبْلَ الْقَوْلِ فَإِنَّهَا تَتَلَفُ مِنَ التَّرَكَةِ لَا مِنْ مَالِ الْمُوصَى لَهُ فَكَذَلِكَ أَجْزَاؤُهَا، لِأَنَّ الْقَبُولَ، وَإِنْ كَانَ مُثْبِتًا لِلْمِلْكِ مِنْ حِينَ الْمَوْتِ إِلَّا أَنَّ ثُبُوتَهُ السَّابِقَ تَابِعٌ لِثُبُوتِهِ مِنْ حِينَ الْقَبُولِ وَالْمَعْدُومُ حَالُ الْقَبُولِ لَا يَتَصَوَّرُ الْمِلْكُ فِيهِ فَلَا يَثْبُتُ فِيهِ مِلْكٌ، نَعَمْ إِنْ قِيلَ: يَمْلِكُهُ بِمُجَرَّدِ الْمَوْتِ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِنْ ضَمَانِهِ بِكُلِّ حَالٍ كَالْمَوْرَثِ وَهَذَا كُلُّهُ فِي الْمَمْلُوكِ بِالْعَقْدِ فَأَمَّا مَا مَلَكَ بِغَيْرِ عَقْدٍ فَتَوَعَّانِ:

أَحَدُهُمَا: الْمِلْكُ الْقَهْرِيُّ كَالْمِيرَاثِ وَفِي ضَمَانِهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَسْتَقِرُّ عَلَى الْوَرَثَةِ بِالْمَوْتِ إِذَا كَانَ الْمَالُ عَيْنًا حَاضِرَةً يَتِمَكَّنُ مِنْ قَبْضِهَا قَالَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ: فِي رَجُلٍ تَرَكَ مِائَتِي دِينَارٍ وَعَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةُ دِينَارٍ وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِالْعَبْدِ فَسُرِقَتِ الدَّنَائِيرُ بَعْدَ مَوْتِ الرَّجُلِ وَجَبَ الْعَبْدُ لِلْمُوصَى لَهُ وَذَهَبَتِ الدَّنَائِيرُ الْوَرَثَةُ، وَهَكَذَا ذَكَرَ الْخِرَقِيُّ وَكَثَرُ الْأَصْحَابِ، لِأَنَّ مِلْكَهُمْ اسْتَقَرَّ بِثُبُوتِ سَيِّبِهِ إِذْ هُوَ لَا يَخْشَى انْفِسَاخَهُ، وَلَا رُجُوعَ لَهُمْ بِالْبَدَلِ عَلَى أَحَدٍ فَاشْبَهَ مَا فِي يَدِ الْمُودِعِ وَنَحْوِهِ بِخِلَافِ الْمَمْلُوكِ

بِالْعُقُودِ لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَخْشَى انْفِسَاخَ سَبَبِ الْمِلْكِ فِيهِ أَوْ يَرْجِعَ بِبَدَلِهِ فَلِذَلِكَ أَعْتَبِرَ لَهُ الْقَبْضُ
وَأَيْضًا فَالْمَمْلُوكُ بِالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ يَتَقَلُّ الضَّمَانُ فِيهِ بِالتَّمَكُّنِ مِنَ الْقَبْضِ فَالْمِيرَاثُ أَوْلَى. وَقَالَ
الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي كِتَابِ الْعَتَقِ: لَا يَدْخُلُ فِي ضَمَانِهِمْ بِدُونِ الْقَبْضِ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ فِي
أَيْدِيهِمْ وَلَمْ يَتَّفَعُوا بِهِ فَاشْبَهَ الدَّيْنَ وَالْغَائِبَ وَنَحْوَهُمَا مَا لَمْ يَتِمَكَّنُوا مِنْ قَبْضِهِ، فَعَلَى هَذَا إِنْ
زَادَتْ التَّرَكَّةُ قَبْلَ الْقَبْضِ فَالزِّيَادَةُ لِلْوَرَثَةِ، وَإِنْ نَقَصَتْ لَمْ يُحْسَبِ النِّقْصُ عَلَيْهِمْ وَكَانَتْ
التَّرَكَّةُ مَا بَقِيَ بَعْدَ النِّقْصِ حَتَّى لَوْ تَلَفَ الْمَالُ كُلُّهُ سِوَى الْقَدْرِ الْمَوْصَى بِهِ صَارَ هُوَ التَّرَكَّةُ
وَلَمْ يَكُنْ لِلْمَوْصَى لَهُ سِوَى ثُلْثِهِ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الْمَوْصَى لَهُ يَمْلِكُ الْوَصِيَّةَ بِالْمَوْتِ بِمُجَرَّدِهِ
أَوْ مُرَاعَى الْقَبُولِ فَلَا تُزَاحِمُهُ الْوَرَثَةُ لِأَنَّ مِلْكَهُ سَبَقَ اسْتِحْقَاقَهُمْ لِمَزَاحِمَتِهِ بِالنِّقْصِ فَيَخْتَصُّ
بِهِ كَمَا لَوْ لَمْ يَتَلَفَ الْمَالُ إِلَّا بَعْدَ قَبُولِهِ، وَعَلَى ذَلِكَ خَرَجَ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ وَغَيْرُهُ كَلَامَ
أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ لِأَنَّ الْمَوْصَى لَهُ تَمَكَّنَ مِنْ أَخَذِ الْعَيْنِ الْمَوْصَى
بِهَا مَعَ حُضُورِ التَّرَكَّةِ وَالتَّمَكُّنِ [مِنْ] قَبْضِهَا بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِمْ إِلَّا
بِالْقَبْضِ لَمْ يُمْكِنَ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْعَيْنِ أَكْثَرَ مِنْ ثُلْثِهَا وَتَوَقَّفَ قَبْضُ الْبَاقِي عَلَى قَبْضِ الْوَرَثَةِ
فَكُلَّمَا قَبَضُوا شَيْئًا أَخَذَ مِنَ الْمَوْصَى بِهِ بِقَدْرِ ثُلْثِهِ كَمَا لَوْ كَانَتْ التَّرَكَّةُ دَيْنًا أَوْ غَائِبًا لَا يَتِمَكَّنُ
مِنْ قَبْضِهِ.

وَالنُّوعُ الثَّانِي: مَا يَحْصُلُ بِسَبَبِ الْأَدَمِيِّ يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ الْمِلْكُ فَإِنْ كَانَ حِيَازَةً مَبَاحٍ
كَالْحَتَّاشِ وَالْأَحْطَابِ وَالْأَغْنَامِ وَنَحْوِهَا فَلَا إِشْكَالَ وَلَا ضَمَانَ هُنَا عَلَى أَحَدٍ سِوَاهُ، وَلَوْ
وُكِّلَ فِي ذَلِكَ أَوْ شَارَكَ فِيهِ دَخَلَ فِي حُكْمِ الشَّرَكَةِ وَالْوَكَالَةِ وَكَذَلِكَ اللَّقْطَةُ بَعْدَ الْحَوْلِ لِأَنَّهَا
فِي يَدِهِ وَإِنْ كَانَ تَعَيَّنَ مَالُهُ فِي ذِمَّةٍ غَيْرِهِ مِنَ الدِّيُونِ فَلَا يَتَعَيَّنُ فِي الْمَذْهَبِ الْمَشْهُورِ إِلَّا
بِالْقَبْضِ، وَعَلَى الْقَوْلِ الْآخَرِ يَتَعَيَّنُ بِالْإِذْنِ فِي الْقَبْضِ فَالْمُعْتَبَرُ حُكْمُ ذَلِكَ الْإِذْنِ.

* * *

القاعدة الثانية والخمسون:

فِي التَّصَرُّفِ فِي الْمَمْلُوكَاتِ قَبْلَ قَبْضِهَا، وَهِيَ مُنْقَسِمَةٌ إِلَى عُقُودٍ وَغَيْرِهَا فَالْعُقُودُ
نُوعَانِ:

أَحَدُهُمَا: عُقُودُ الْمَعَاوَضَاتِ وَتَنْقَسِمُ إِلَى بَيْعٍ وَغَيْرِهِ، فَأَمَّا الْمَيْعُ، فَقَالَتْ طَائِفَةٌ مِنَ
الْأَصْحَابِ: التَّصَرُّفُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَالضَّمَانُ مُتَلَازِمَانِ فَإِنْ كَانَ الْبَيْعُ مَضْمُونًا عَلَى الْبَائِعِ لَمْ
يَجْزِ التَّصَرُّفُ فِيهِ لِلْمُشْتَرِي حَتَّى يَقْبِضَهُ وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي جَازَ لَهُ

التَّصَرُّفُ فِيهِ، وَصَرَّحَ بِذَلِكَ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَغَيْرِهِ. وَجَعَلُوا الْعِلَّةَ الْمَانِعَةَ مِنَ التَّصَرُّفِ تَوَالِي الضَّمَانَاتِ. وَفِي الْمَذْهَبِ طَرِيقَةٌ أُخْرَى وَهِيَ أَنَّهُ تَلَازُمٌ بَيْنَ التَّصَرُّفِ وَالضَّمَانِ فَيَجُوزُ التَّصَرُّفُ وَالضَّمَانُ عَلَى الْبَائِعِ كَمَا فِي بَيْعِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ جَدِّهَا فَإِنَّهُ يَجُوزُ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ وَهِيَ مَضْمُونَةٌ عَلَى الْبَائِعِ وَيَمْتَنِعُ التَّصَرُّفُ فِي صَبْرَةِ الطَّعَامِ الْمُشْتَرَاةِ جُزْأً عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَهِيَ اخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ مَعَ أَنَّهَا فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي وَهَذِهِ طَرِيقَةٌ الْأَكْثَرِينَ مِنَ الْأَصْحَابِ فَإِنَّهُمْ حَكَمُوا الْخِلَافَ فِي بَيْعِ الصَّبْرَةِ^(١) مَعَ عَدَمِ الْخِلَافِ فِي كَوْنِهَا مَضْمُونَةٌ عَلَى الْبَائِعِ، وَمِمَّنْ ذَكَرَ ذَلِكَ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَالْخِلَافِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ وَالْمُفْرَدَاتِ وَالْحُلُوَانِيُّ وَابْنُهُ وَغَيْرُهُمْ. وَصَرَّحَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي النَّظَرِيَّاتِ بِأَنَّهُ لَا تَلَازُمَ بَيْنَ الضَّمَانِ وَالتَّصَرُّفِ وَعَلَى هَذَا فَالْقَبْضُ نَوْعَانِ: قَبْضٌ يُبِيحُ التَّصَرُّفَ، وَهُوَ الْمُمْكِنُ فِي حَالِ الْعَقْدِ وَقَبْضٌ يَنْقُلُ الضَّمَانَ وَهُوَ الْقَبْضُ التَّامُّ الْمَقْصُودُ بِالْعَقْدِ، وَقَدْ حَكَمَ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ الْخِلَافَ فِيمَا يَمْتَنِعُ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ هَلْ هُوَ الْمُبْهَمُ أَوْ جِنْسُ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَإِنْ بَيَعَ جُزْأً أَوْ الْمَطْعُومَ خَاصَّةً مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُمَا أَوْ الْمَطْعُومَ الْمَكِيلُ أَوْ الْمَوْزُونُ وَنَقَلَهُ مُهَنَّأٌ عَنْ أَحْمَدَ وَضَعَفَ الْقَاضِي هَذِهِ الرِّوَايَةَ وَرَجَّحَهَا صَاحِبُ الْمَغْنِيِّ وَلَمْ يَذْكُرُوا فِي الضَّمَانِ ذَلِكَ، وَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ الْمَنَعَ مِنْ بَيْعِ جَمِيعِ الْأَعْيَانِ قَبْلَ الْقَبْضِ مُعْلَلًا بِأَنَّ الْعَقْدَ الْأَوَّلَ لَمْ يَتِمَّ حَيْثُ بَقِيَ مِنْ أَحْكَامِهِ التَّسْلِيمُ فَلَا يَرُدُّ عَلَيْهِ عَقْدٌ آخَرُ قَبْلَ انْتِهَائِهِ وَلَمْ يَجْعَلِ الضَّمَانَ مُلَازِمًا لَهُ، وَكَلَامُ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَدْ يَتَأَوَّلُ بِأَنَّهُ ذَكَرَ أَنَّ الْمُتَعَيَّنَ يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَغَيْرِ الْمُتَعَيَّنَ لَا يَجُوزُ ثُمَّ لَازِمٌ بَعْدَ ذَلِكَ بَيْنَ جَوَازِ الْبَيْعِ وَالضَّمَانِ وَهُوَ صَحِيحٌ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فَإِنَّهُ اقْتَصَرَ عَلَى ذِكْرِ جَاذَةِ الْمَذْهَبِ وَهُوَ أَنَّ لَا ضَمَانَ وَلَا مَنَعَ مِنَ التَّصَرُّفِ إِلَّا فِي الْمُبْهَمِ خَاصَّةً وَلَمْ يَبَيِّنْ أَنَّهُ لَا تَلَازُمَ بَيْنَ التَّصَرُّفِ وَالضَّمَانِ أَنَّ الْمَنَافِعَ الْمُسْتَأْجَرَ يَجُوزُ أَنْ يُؤْجَرَهَا الْمُسْتَأْجِرُ وَهِيَ مَضْمُونَةٌ عَلَى الْمُؤْجِرِ الْأَوَّلِ وَالثَّمَرُ الْمَبِيعُ عَلَى شَجَرِ الْمَبِيعِ يَجُوزُ بَيْعُهُ عَلَى الْمَنْصُوصِ وَهُوَ مَضْمُونٌ عَلَى الْبَائِعِ الْأَوَّلِ.

وَالْمَقْبُوضُ قَبْضًا فَاسِدًا كَالْمَكِيلِ إِذَا قُبِضَ جُزْأً فَانْتَقَلَ الضَّمَانُ فِيهِ إِلَى الْمُشْتَرِي وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ كَيْلِهِ وَبَيْعِ الدِّينِ مِمَّنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ جَائِزٌ عَلَى الْمَذْهَبِ وَلَيْسَ مَضْمُونًا عَلَى مَالِكِهِ وَكَذَلِكَ الْمَالِكُ يَتَصَرَّفُ فِي الْمَغْصُوبِ وَالْمُعَارِ وَالْمَقْبُوضُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ

(١) الصبرة: ما جمع من الطعام بلا كيل ولا وزن بعضه فوق بعض. لسان العرب (٤/٤٤١).

وَضَمَانَهَا عَلَى الْقَابِضِ، وَالتَّعْلِيلُ بِتَوَالِي الضَّمَانَيْنِ ضَعِيفٌ لِأَنَّهُ لَا مَحْذُورَ فِيهِ كَمَا لَوْ تَبَاعَ الشَّقْصَ الْمَشْفُوعَ جَمَاعَةً ثُمَّ انْتَزَعَهُ الشَّقِيعُ مِنَ الْأَوَّلِ، وَكَذَلِكَ التَّعْلِيلُ بِخَشْيَةِ انْتِقَاصِ الْمَلِكِ بِتَلَفِهِ عِنْدَ الْبَائِعِ يَبْطُلُ بِالثَّمْرِ الْمُشْتَرَى فِي رُءُوسِ الشَّجَرِ وَبِإِجَارَةِ الْمَنَافِعِ الْمُسْتَأْجَرَةِ وَبِهَذَا أَيْضًا يُتَقَضُّ تَعْلِيلُ ابْنِ عَقِيلٍ، وَيَبِيعُ الدِّينَ مِمَّنْ هُوَ عَلَيْهِ، لِأَنَّ الْبَائِعَ وَفَى عَلَيْهِ بِالتَّخْلِيَةِ وَالتَّمْيِيزِ فَلَمْ يَبْقَ لَهُ عِلْقَةٌ فِي الْعَقْدِ، وَعَلَّلَ أَيْضًا بِأَنَّهُ دَاخِلٌ فِي بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ وَهُوَ شَيْءٌ بِالْغَرَرِ لِعَرَضِهِ لِلْأَفَاتِ، وَهُوَ يَقْتَضِي الْمَنَعَ فِي جَمِيعِ الْأَعْيَانِ، وَأَشَارَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ إِلَى أَنَّ الْمُرَادَ مِنَ النَّهْيِ عَنْ رِبْحٍ مَا لَمْ يَضْمَنْ^(١) حَيْثُ كَانَ مَضْمُونًا عَلَى بَائِعِهِ فَلَا يَرِبِحُ فِيهِ مُشْتَرِيهِ، وَكَأَنَّهُ حَمَلَ النَّهْيَ عَنْهُ هُوَ الرِّبْحُ عَلَى النَّهْيِ عَنْ أَصْلِ الرِّبْحِ لِأَنَّهُ مَظَنَّةُ الرِّبْحِ، وَيَتَخَرَّجُ لَهُ قَوْلُ آخَرٍ أَنَّ النَّهْيَ عَنْ حَقِيقَةِ الرِّبْحِ دُونَ الْبَيْعِ بِالثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ فَإِنَّهُ مَنَعَ فِي رِوَايَةٍ مِنْ إِجَارَةِ الْمَنَافِعِ الْمُسْتَأْجَرَةِ إِلَّا بِمِثْلِ الْأَجْرَةِ لِنَلَا يَرِبِحُ فِيمَا لَمْ يَضْمَنْ وَمَنَعَ فِي رِوَايَةٍ أُخْرَى مِنْ رِبْحٍ مَا اشْتَرَاهُ الْمُضَارِبُ عَلَى وَجْهِ الْمُخَالَفَةِ لِرَبِّ الْمَالِ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ لَهُ بِالْمُخَالَفَةِ فَكَرِهَ أَحْمَدُ رِبْحَهُ لِدُخُولِهِ فِي رِبْحٍ مَا لَمْ يَضْمَنْ وَأَجَازَ أَصْلَ الْبَيْعِ وَأَجَازَ الْاِعْتِيَاضَ عَنْ ثَمَنِ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ بِقِيَمَتِهِ مِنْ غَيْرِ رِبْحٍ لِنَلَا يَكُونُ رِبْحًا فِيمَا لَمْ يَضْمَنْ فَيَخْرُجُ مِنْ هَذَا رِوَايَةٌ أَنَّ كُلَّ مَضْمُونٍ عَلَى غَيْرِ مَالِكِهِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِغَيْرِ رِبْحٍ وَيَلْزَمُ مِثْلُ ذَلِكَ فِي بَيْعِ الدِّينِ مِنَ الْغَرِيمِ وَالثَّمْرِ عَلَى رُءُوسِ النَّخْلِ وَغَيْرِهِمَا مِمَّا لَمْ يَضْمَنْهُ الْبَائِعُ.

وَقَالَ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ فِي بَيْعِ الطَّعَامِ الْمَوْهُوبِ قَبْلَ قَبْضِهِ لَا بَأْسَ بِهِ مَا لَمْ يَكُنْ لِلتَّجَارَةِ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمَنَعَ فِي بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ هُوَ الرِّبْحُ وَالتَّكْسِبُ وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ بَيْعِهِ مِنْ بَائِعِهِ وَغَيْرِهِ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى مَنَعَ بَيْعِهِ مِنْ بَائِعِهِ حَتَّى يَكِيلَهُ. وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي الْإِقَالَةِ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ فَمِنْهُمْ مَنْ خَرَجَهَا عَلَى الْخِلَافِ فِي كَوْنِهَا بَيْعًا أَوْ فُسْخًا، فَإِنْ قِيلَ: إِنَّهَا بَيْعٌ لَمْ يَصِحَّ وَإِلَّا صَحَّتْ، وَعَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُ مَنَعَهَا مِنَ الرِّوَايَتَيْنِ بِدُونِ كَيْلٍ ثَانٍ لِأَنَّهَا تَجْدِيدُ مِلْكٍ، وَيَتَخَرَّجُ لَنَا رِوَايَةٌ ثَالِثَةٌ بِجَوَازِ الْبَيْعِ مِنَ الْبَائِعِ لِأَنَّ أَحْمَدَ أَجَازَ فِي رِوَايَةٍ مَنْصُوصَةٍ عَنْهُ بَيْعُهُ مِنَ الشَّرِيكِ الَّذِي حَضَرَ كَيْلَهُ وَعَلِمَهُ مِنْ غَيْرِ كَيْلٍ آخَرَ فَالْبَائِعُ أَوَّلَى، وَحَكَى الْقَاضِي فِي الْمَجَرَّدِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ فِي كِتَابِ الْإِجَارَاتِ رِوَايَةً فِي

(١) ورد هذا النهي في حديث عتاب بن أبي أسيد رضى الله عنه إن رسول الله ﷺ بعثه أميراً على مكة، وقال: إني أبعثك إلى أهل الله فانهم عن أربعة خصال عن ربح ما لم يضمن ويبع ما لم يقبض وعن شرطين في بيع . كتاب الآثار ح ٨٢٨ ج ١ ص ١٨٢.

جَوَازُ بَيْعِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ مِنْ بَائِعِهِ خَاصَّةً [وَأَمَّا مَا أَخَذَهَا، وَهُوَ اخْتِلَافُ الرَّوَائِثَيْنِ عَنْهُ فِي بَيْعِ الدَّيْنِ فِي الذِّمَّةِ إِذَا كَانَ طَعَامًا مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا قَبْلَ قَبْضِهِ، وَهَذَا مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْبَيْعِ فَإِنَّهُمَا خَصَّاهُ فِي الرَّوَائِثَيْنِ بِمَا فِي الذِّمَّةِ سَوَاءً كَانَ طَعَامًا أَوْ غَيْرَهُ هَذَا فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ بِالْبَيْعِ، وَأَمَّا غَيْرُهُ مِنَ الْعُقُودِ فَقَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ: لَا يَجُوزُ رَهْنُهُ وَلَا هِبَتُهُ وَلَا إِجَارَتُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ كَالْبَيْعِ، ثُمَّ ذَكَرَا فِي الرَّهْنِ عَنِ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ يَصِحُّ رَهْنُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ لِأَنَّهُ لَا يُوَدِّي إِلَى رِنْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ بِخِلَافِ الْبَيْعِ، وَفِي هَذَا الْمَأْخُذِ نَظَرٌ لِأَنَّ الرَّهْنَ إِنَّمَا يَصِحُّ فِيمَا يَصِحُّ بَيْعُهُ لِأَنَّهُ يُقْضَى إِلَى الْبَيْعِ لَكِنْ تَرَكَهُ فِي يَدِ الْبَائِعِ لَا يَطُولُ غَالِبًا وَقَبْضُهُ مُتَسَرِّعٌ فَلِذَلِكَ يَصِحُّ رَهْنُهُ، وَعَلَّلَ ابْنُ عَقِيلٍ الْمَنْعَ مِنْ رَهْنِهِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْبُوضٍ وَلَا مُتَمَيِّزٍ وَلَا مُتَعَيِّنٍ وَفِيهِ ضَعْفٌ لِإِمْكَانِ تَمْيِيزِهِ وَقَبْضِهِ. وَعَلَّلَ مَرَّةً أُخْرَى فِي الرَّهْنِ وَالْهَبَةِ بِأَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ لَهُمَا فَكَيْفَ يَنْبَنِي عَقْدٌ مِنْ شَرْطِهِ الْقَبْضُ عَلَى عَقْدٍ لَمْ يَوْجَدْ فِيهِ الْقَبْضُ. وَلِلْأَصْحَابِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ بِجَوَازِ رَهْنِهِ عَلَى غَيْرِ ثَمَنِ حَكَاهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِيمَا كَانَ مُعِينًا كَالصَّبْرَةِ وَأَطْنَهُ مَنَعَهُ مِنْهُ فِي الْمُبْهَمِ لِعَدَمِ تَأْتِي الْقَبْضِ وَهُوَ مُعْتَبَرٌ فِيهِ كَمَا ذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فَخَرَجَ مِنْ هَذَا وَجْهَانِ لِلْأَصْحَابِ فِي سَائِرِ الْعُقُودِ. وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَطَعَ بِجَوَازِ جَعْلِهِ مَهْرًا مُعْلَلًا بِأَنَّ ذَلِكَ غَرَرٌ يَسِيرُ يُعْتَقَرُ فِي الصَّدَاقِ وَمِنْهُمْ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ، وَهَذَا وَجْهٌ ثَالِثٌ.

هَذَا كُلُّهُ فِي الْمَيْبَعِ، فَأَمَّا ثَمَنُهُ فَإِنْ كَانَ مُعِينًا جَازَ التَّصَرُّفُ قَبْلَ قَبْضِهِ، سَوَاءً كَانَ الْمَيْبَعُ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ لَا، وَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَإِنْ كَانَ مُبْهَمًا لَمْ يَجْزُ إِلَّا بَعْدَ تَمْيِيزِهِ، وَإِنْ كَانَ دَيْنًا جَازَ أَنْ يُعَاوِضَ عَنْهُ قَبْلَ قَبْضِهِ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَلَمْ يُخَرِّجَا الْمُعَاوِضَةَ عَلَى الْخِلَافِ فِي بَيْعِ الدَّيْنِ مِمَّنْ هُوَ عَلَيْهِ، وَقَدْ حَكَا فِي ذَلِكَ رَوَائِثَيْنِ وَالْأَكْثَرُونَ أَدْخَلُوهُ فِي جُمْلَةِ صُورِ الْخِلَافِ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى جَوَازِ اقْتِضَاءِ أَحَدِ التَّقْدِيرَيْنِ مِنَ الْآخَرِ بِالْقِيَمَةِ فِي رَوَايَةِ الْأَثَرِ وَأَبْنُ مَنصُورٍ وَحَبْلٌ. وَتَقَلَّ عَنْهُ الْقَاضِي الْبَرْتَنِي فِي طَعَامٍ فِي الذِّمَّةِ هَلْ يَشْتَرِي بِهِ شَيْئًا مِمَّنْ عَلَيْهِ فِتْوَقَفَ قَالَ فَقُلْتُ [لَهُ] لِمَ لَا يَكُونُ مِثْلُ هَذَا اقْتِضَاءَ الْوَرَقِ مِنَ الذَّهَبِ فَكَانَهُ أَجَازَهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُوَضَّحَ إِضَاحًا بَيْنًا، وَهَذَا يُشْعِرُ أَنَّ اقْتِضَاءَ أَحَدِ التَّقْدِيرَيْنِ مِنَ الْآخَرِ يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ لِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ فِي ذَلِكَ، وَالْخِلَافُ فِي الْمُعَاوِضَةِ عَنْهُمَا بَعْضُهُمَا، وَلَمْ يَذْكُرِ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي الصَّرْفِ فِي ذَلِكَ خِلَافًا، وَالْمَعْنَى فِي ذَلِكَ أَنَّ التَّقْدِيرَيْنِ لِقَارِبِهِمَا فِي الْمَعْنَى أُجْرِيَا مَجْرَى الشَّيْءِ الْوَاحِدِ فَأَخَذَ أَحَدَهُمَا عَنِ الْآخَرِ لَيْسَ بِمُعَاوِضَةٍ مُحَضَّةٍ بَلْ هُوَ نَوْعٌ اسْتِيفَاءٍ، وَقَدْ صَرَّحَ بِذَلِكَ أَحْمَدُ فِي

رواية أبي طالب قال: ليس هو بيع وإنما هو اقتضاء ولذلك لم يجز إلا بالسعر لأنه لما كانت المماثلة في القدر لاختلاف الجنس اعتبرت في القيمة، وهذا المأخذ هو الذي ذكره صاحب المغني. ومن الأصحاب من جعل مأخذة النهي عن ربح ما لم يضمن، وأما القاضي فأجاز المعاوضة عن أحد التقدين بالآخر بما يتفقان عليه وتأول كلام أحمد بكلام بعيد جداً، وقد ذكرنا أن طريقة القاضي وابن عقيل في الإجارة، أن ما في الذمة إذا كان مكيلاً أو موزوناً لم يجز بيعه قبل قبضه لأجنبي رواية واحدة وفي بيعه لمن هو في ذمته روايتان لأنه قبل القبض مبهم غير متميز، وهذا الكلام في التصرف في المبيع وعوضه فأما غير المبيع من عقود المعاوضات فهي ضربان:

أحدهما: ما يخشى انفساخ العقد بتلفه قبل قبضه مثل الأجرة المعينة، والعوض في الصلح بمعنى البيع ونحوهما فحكمه حكم البيع فيما سبق. وأما التصرف في المنافع المستأجرة فإن كان بإعارة ونحوها فيجوز لأن له استيفاء العوض بنفسه ومن يقوم مقامه، وإن كان بإجارة صح أيضاً بعد قبض العين ولم يصح قبلها إلا للمؤجر على وجه سبق. ويصح إيجارها بمثل الأجرة ويزيد في إحدى الروايتين وفي الأخرى يمنع زيادة لدخوله في ربح ما لم يضمن والصحيح الجواز لأن المنافع مضمونة على المستأجر في وجهه، بدليل أنه لو عطلها حتى فاتت من غير استيفاء تلفت من ضمانه فهي كالتمر في رؤوس الشجر فهو مضمون عليه بإتلافه.

والضرب الثاني: ما لا يخشى انفساخ العقد بهلاكه قبل قبضه كالصدّاق وعوض الخلع والعنق والمصالح به عن دم العمد، ونحو ذلك ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز التصرف فيه قبل القبض، وهو قول القاضي في المجرد وأبي الخطاب - غير أنه استثنى منه الصدّاق - والسامري وصاحبي المغني والتلخيص ونص أحمد على صحة هبة المرأة صدّقها قبل القبض وهو تصرف فيه، ووجه ذلك أن تلف هذه الأعواض لا تنفسخ بها عقودها فلا ضرر في التصرف فيها بخلاف البيع والإجارة ونحوهما، ومع هذا فصرح القاضي في المجرد بأن غير المتميز فيها مضمون على من هو بيده ففرق بين التصرف والضمان هنا ونسب إليه صاحب التلخيص أنه سوى بينهما فأثبت الضمان ومنع التصرف وهو وهم عليه.

والوجه الثاني: أن حكمها حكم البيع فلا يجوز التصرف في غير المعين منها قبل

القبض وهو الذي ذكره القاضي في خلافه. وقال: هو قياس قول أصحابنا وابن عقيل في القسول والمفردات والحلواني والشيرازي وصاحب المحرر، واختاره صاحب المغني في كتاب النكاح إلحاقاً لها بسائر عقود المعاوضات، ولا يصح التفريق بعدم الانفساخ لأن الزبرة الحديدية العظيمة إذا اشتريت وزناً فلا يخشى هلاكها والتصرف فيها ممنوع، ومنافع الإجارة يخشى هلاكها والتصرف فيها جائز، ورجح الشيخ تقي الدين الأول ولكن بناءً على أن علة منع التصرف الربح فيما لم يضمن وهو مستقر هاهنا وهو أحد المآخذ للأصحاب في أصل المسألة وعد القاضي في هذا الضرب القرض وأرشد الجنائيات وقيم المتلفات، ووافق ابن عقيل على قيم المتلفات، وفيه نظر، فإن القرض لا يملك بدون القبض على ما جزم به في المجرّد وقيم المتلفات يتفسخ الصلح عنها بتلف العوض المضمون وكذلك أروش جنائيات الخطأ بخلاف العمد أو نحوه ليس يعقد ليدخله الفسخ، ثم إنه مضمون في الذمة كالدين وذلك لا يتعين في الخارج إلا بالقبض على المذهب والحق صاحب التلخيص بهذا أيضاً أيضاً الملك العائد بالفسخ قبل القبض والاسترداد لأنه لا يخشى انتقاض سببه، وهذا متجه على الوجه الأول الذي اختاره. فأما الوجه الثاني: فإن كان العقد المنفسخ عن غير معاوضة صارت العين أمانة كالوديعة فيجوز التصرف فيها قبل القبض، وإن كان عقد معاوضة فهو مضمون على الأشهر فيتوجه أن لا يمنع كالعواري والغصوب، لو حجر الحاكم على المفلس ثم عين لكل غريم عيناً من المال بحقه ملكه بمجرّد التعيين ذكره القاضي في الزكاة من المجرّد فعلى هذا يتوجه أن يجوز له التصرف فيه قبل القبض.

تنبيه: ما اشترط القبض لصحة عقد لا يصح التصرف فيه قبل القبض لعدم ثبوت الملك، وقد صرح به في المحرر في الصرف ورأس مال السلم، فأما إن قيل بالملك بالعقد فقد حكى في التلخيص في الصرف المتعين وجهين لأن انتفاء القبض ههنا مؤثر في إبطال العقد، فلا يصح ورود عقد آخر عليه قبل انبرامه، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور المنع في الصرف والسلم والعقود القهرية كالأخذ بالشئعة يصح فيها قبل القبض ذكره أيضاً في التلخيص.

النوع الثاني: عقود يثبت بها الملك من غير عوض كالوصية والهبة والصدقة، فأما الوصية فيجوز التصرف فيها بعد ثبوت الملك وقبل القبض باتفاق من الأصحاب فيما نعلمه، وسواء كان الموصى به معيناً أو مبهماً، وسواء قلنا: له رد المبهم قبل القبض أو لا،

وَلَا أَنْ أَكْثَرَ مَا فِي جَوَازِ رَدِّهِ اللَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ مِنْ جِهَتِهِ، وَهَذَا لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ التَّصَرُّفِ لِأَنَّهَا لَازِمَةٌ مِنْ جِهَةِ الْمَيْتِ بِمَوْتِهِ فَهُوَ كَالْبَيْعِ الْمُشْتَرَطِ فِيهِ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ، وَأَمَّا الْهَبَةُ الَّتِي تُمْلِكُ بِالْعَقْدِ بِمَجَرَّدِهِ فَيَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهَا قَبْلَ الْقَبْضِ أَيْضًا، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَيْهِ كَمَا سَنَذْكُرُهُ لِأَنَّ حَقَّ الْوَاهِبِ يَنْقَطِعُ عَنْهَا بِمَجَرَّدِ انْتِقَالِ مِلْكِهِ وَلَيْسَتْ فِي ضَمَانِهِ فَلَا مَحْذُورُ فِي التَّصَرُّفِ فِيهَا بِوَجْهِهِ، وَأَمَّا الصَّدَقَةُ الْوَاجِبَةُ وَالتَّطَوُّعُ فَالْمَذْهَبُ الْمَنْصُوصُ أَنَّهَا لَا تُمْلِكُ بِدُونِ الْقَبْضِ كَمَا سَبَقَ فَلَا كَلَامَ عَلَى هَذَا، وَعَلَى التَّخْرِيجِ الْمَذْكُورِ يَمْلِكُهَا بِدُونِ الْقَبْضِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ كَالْهَبَةِ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ وَابْنِ بُهْتَانَ فِي رَجُلٍ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَيُرِيدُ رَجُلٌ يَقْضِيهِ عَنْهُ مِنْ زَكَاتِهِ، قَالَ: يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ، فَقِيلَ لَهُ: هُوَ مُحْتَاجٌ وَيَخَافُ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ يَأْكُلُهُ قَالَ: يَقُولُ لَهُ حَتَّى يُوَكَّلَهُ فَيَقْضِيهِ عَنْهُ، وَهَذَا ظَاهِرٌ فِي أَنَّهُ مَلِكُ الزَّكَاةِ بِالتَّعْيِينِ وَالْقَبُولِ وَجَازَ تَصَرُّفُهُ فِيهَا بِالْوَكَاةِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَكَذَلِكَ نَقَلَ حَنْبَلٌ فِي مَسَائِلِهِ أَنَّ أَحْمَدَ ذَكَرَ لَهُ قَوْلَ أَبِي سَلَمَةَ لَا بَأْسَ إِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ طَعَامٌ أَمَرَ لَهُ بِهِ سُلْطَانٌ أَوْ وَهَبَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ قَبْلَ أَنْ يَقْضِيَهُ وَالْعَبْدُ مِثْلُ ذَلِكَ وَالِدَابَّةُ يَبِيعُهَا قَبْلَ أَنْ يَقْضِيَهَا، قَالَ أَحْمَدُ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ مَا لَمْ يَكُنْ لِلتَّجَارَةِ، وَقَوْلُهُ: إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلتَّجَارَةِ لِأَنَّ الْمَنْعَ مِنَ الْبَيْعِ إِمَّا كَانَ لِدُخُولِهِ فِي رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَمَا مَلَكَهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ فَلَا يُتَصَوَّرُ فِيهِ رِبْحٌ، فَأَمَّا لَوْ نَوَى بِتَمْلِكِهِ التَّجَارَةَ فَظَاهِرٌ كَلَامُهُ الْمَنْعُ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ مِنَ الْأَمْوَالِ الْمُعَدَّةِ لِلرِّبْحِ فَاِئْتَمَعَ بَيْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ.

هَذَا الْكَلَامُ فِي الْعُقُودِ فَأَمَّا الْمِلْكُ بِغَيْرِ عَقْدٍ كَالْمِيرَاثِ وَالْغَنِيمَةِ وَالْاِسْتِحْقَاقِ مِنَ أَمْوَالِ الْوَقْفِ أَوْ الْفَيْءِ لِلْمُتَنَازِلِينَ مِنْهُ كَالْمُرْتَزَقَةِ فِي دِيَوَانِ الْجُنْدِ وَأَهْلِ الْوَقْفِ الْمُسْتَحِقِّينَ لَهُ فَإِذَا ثَبَتَ لَهُمُ الْمِلْكُ وَتَعَيَّنَ مِقْدَارُهُ جَازَ لَهُمُ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ بِغَيْرِ خِلَافٍ أَيْضًا لِأَنَّ حَقَّهُمْ مُسْتَقَرٌّ فِيهِ وَلَا عِلَاقَةَ لِأَحَدٍ مَعَهُمْ وَيَدُّ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ بِمَنْزِلَةِ يَدِ الْمُودِعِ وَنَحْوِهِ الْأَمْثَاءُ وَأَمَّا قَبْلَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ فَلَهُ حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ لَا يُوْجَدَ سَبَبُهُ فَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ كَتَصَرُّفِ الْوَارِثِ قَبْلَ مَوْتِ مُورِثِهِ وَالْغَانِمِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ وَمَنْ لَا رَسْمَ لَهُ فِي دِيُونِ الْعَطَاءِ فِي الرِّزْقِ.

وَالثَّانِيَّةُ: بَعْدَ وُجُودِ السَّبَبِ وَقَبْلَ الْاِسْتِقْرَارِ كَتَصَرُّفِ الْغَانِمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ عَلَى قَوْلِنَا إِنَّهُمْ يَمْلِكُونَ [الْغَنِيمَةَ] بِالْحَيَاةِ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ الصَّحِيحُ وَالْمُرْتَزَقَةُ قَبْلَ حُلُولِ الْعَطَاءِ وَنَحْوِهِ فَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْعَطَاءِ قَبْلَ قَبْضِهِ وَلَا بَيْعُ الصَّكِّ بِعَيْنٍ وَلَا وَرَقٍ قَوْلًا وَاحِدًا، وَإِنْ بَاعَهُ بِعُرُوضٍ جَازَ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ إِذَا قَبِضَ الْعُرُوضُ قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا وَمَنْعَ

مِنْهُ فِي الْأُخْرَى وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمَعَانِمِ قَبْلَ أَنْ تُقَسَّمَ وَلَا الصَّدَقَاتِ قَبْلَ أَنْ تُقْبَضَ [انتهى].
فَهَذِهِ أَرْبَعُ مَسْأَلٍ:

إِحْدَاهَا: بَيْعُ الْعَطَاءِ قَبْلَ قَبْضِهِ ^(١) وَهُوَ رِزْقُ بَيْتِ الْمَالِ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى كَرَاهَتِهِ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ وَابْنِ مَنصُورٍ وَبُكْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، وَقَالَ: هُوَ شَيْءٌ مُعَيَّبٌ لَا يُدْرَى أَيْصِلُ إِلَيْهِ أَمْ لَا أَوْ مَا هُوَ، وَقَالَ مَرَّةً: لَا يُدْرَى يُخْرَجُ أَوْ لَا، وَقَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ فِي بَيْعِ الزِّيَادَةِ فِي الْعَطَاءِ، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: مَا يُدْرِيهِ مَا يُخْرَجُ وَمَتَى يُخْرَجُ لَا يَشْتَرِيهِ وَكَرِهَهُ وَرَبَّمَا سَمَى هَذَا أَيْضًا بَيْعَ الصِّكَاكِ. وَنَقَلَ حَرْبٌ عَنْ أَحْمَدَ فِي بَيْعِ الزِّيَادَةِ فِي الْعَطَاءِ لَا بَأْسَ بِهِ بِعَرَضٍ قُلْتُ: وَمَا تَفْسِيرُهُ؟ قَالَ: هُوَ الرَّجُلُ يُزَادُ فِي عَطَائِهِ عَشْرَةُ دَنَائِرٍ فَيَشْتَرِيهَا بِعَرَضٍ قَالَ: وَسَأَلْتُهُ عَنْ بَيْعِ الصِّكِّ بِعَرَضٍ قَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ وَرَوَى حَرْبٌ بِإِسْنَادٍ صَحِيحٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ بَيْعَ الزِّيَادَةِ فِي الْعَطَاءِ إِلَّا بِعَرَضٍ وَهَذِهِ رِوَايَةٌ ثَانِيَةٌ بِالْجَوَازِ. قَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ: هَذِهِ الرِّوَايَةُ فِيمَا إِذَا بَلَغَ بَعْدَ حُلُولِ الْعَطَاءِ لِأَنَّهُ وَقْتُ الاسْتِحْقَاقِ فَهُوَ حِينَئِذٍ دَيْنٌ ثَابِتٌ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ عَلَى طَرِيقَتِهِمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْ غَيْرِ الْغَرِيمِ فَرجعاً وتَأَوَّلَا الرِّوَايَةَ عَلَى أَنَّهُ اشْتَرَى ذَلِكَ الْعَرَضَ بِشَمْنٍ مُؤَجَّلٍ إِلَى وَقْتِ قَبْضِ الْعَطَاءِ وَكَانَ وَقْتُهُمَا عِنْدَهُمَا مَعْلُومًا أَوْ أَنَّهُ أَحَالَ بِشَمْنٍ الْعَرَضَ عَلَى حَقِّهِ مِنَ الْعَطَاءِ، وَلَا يَخْفَى فَسَادُ هَذَا التَّأْوِيلِ لِمَنْ تَأَمَّلَ كَلَامَ أَحْمَدَ، وَقَدْ يَكُونُ مُرَادُ ابْنِ أَبِي مُوسَى بِبَيْعِ الْعَطَاءِ قَبْلَ قَبْضِهِ قَبْلَ اسْتِحْقَاقِ قَبْضِهِ فَأَمَّا إِذَا اسْتَحَقَّ فَهُوَ دَاخِلٌ فِي بَيْعِ الصِّكَاكِ.

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ: بَيْعُ الصِّكَاكِ ^(٢) قَبْلَ قَبْضِهَا وَهِيَ الدِّيُونُ الثَّابِتَةُ عَلَى النَّاسِ وَتُسَمَّى صِكَاكًا لِأَنَّهَا تُكْتَبُ فِي صِكَاكِ وَهِيَ مَا يُكْتَبُ فِيهِ مِنَ الرِّقِّ وَنَحْوِهِ فَيَبَاعُ مَا فِي الصِّكِّ فَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ نَقْدًا وَبِيعَ بِنَقْدٍ لَمْ يَجْزُ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّهُ صَرَفَ بِنَسَبَتِهِ وَإِنْ بَاعَ بِعَرَضٍ وَقَبْضُهُ فِي الْمَجْلِسِ فَقِيهِ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: لَا يَجُوزُ قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ فِي بَيْعِ الصِّكِّ: هُوَ غَرَرٌ، وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ عَنْهُ أَنَّهُ كَرِهَهُ وَقَالَ: الصِّكُّ لَا يُدْرَى أَيْخْرَجُ أَوْ لَا، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مُرَادَهُ الصِّكَّ

(١) سئل الإمام مالك عن بيع العطاء قبل قبضه فقال: أكره ذلك قبل الاستبقاء، أخبرني بذلك يونس عن أشهب عنه، وهذا قياس قول الشافعي، ومنع هذا البيع أبو ثور على أساس أنه ليس بعين قائمة ولا ملك لرجل ولا صفة. وقال أبو حنيفة وأصحابه مثل ذلك. اختلاف الفقهاء (١/ ٨١).

(٢) الأصل في النهي عن هذا البيع حديث (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يستوفى). صحيح مسلم ح (١٥٢٨) ج (١١٦٢/٣).

مِنْ عَطَاءِ الدِّيَّانِ.

وَالثَّانِيَّةُ: الْجَوَازُ نَصٌّ عَلَيْهِمَا فِي رَوَايَةِ حَرْبٍ وَحَبْلٍ وَمُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعَطَاءِ وَقَالَ الصَّكُّ إِنَّمَا يَحْتَالُ عَلَى رَجُلٍ وَهُوَ يَقْرَأُ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ وَالْعَطَاءُ إِنَّمَا هُوَ شَيْءٌ مُغِيبٌ لَا يَدْرِي أَيْصِلُ إِلَيْهِ أَمْ لَا وَكَذَلِكَ نَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْهُ فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الصَّكَّ عَلَى الرَّجُلِ بِالْدَيْنِ قَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ بِالْعَرْضِ إِذَا خَرَجَ وَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ يَعْنِي مُشْتَرِيَهُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْهُ مِنْ ضَمَانِ مُشْتَرِيهِ بِمُجَرَّدِ الْقَبْضِ وَلَا أَبَاحَ لَهُ التَّصَرُّفَ فِيهِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَنَافِعِ وَالنَّمْرِ فِي شَجَرِهِ، حَاصِلُ هَذَا يَرْجِعُ إِلَى جَوَازِ بَيْعِ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ الْغَرِيمِ وَقَدْ نَصَّ عَلَى جَوَازِهِ كَمَا تَرَى.

الْمَسْأَلَةُ الثَّلَاثَةُ: بَيْعُ الْمَغَانِمِ قَبْلَ أَنْ تُقَسَّمَ وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى كَرَاهَتِهِ فِي رَوَايَةِ حَرْبٍ وَغَيْرِهِ وَعَلَّلَهُ فِي رَوَايَةِ صَالِحٍ وَأَبْنِ مَنْصُورٍ بِأَنَّهُ لَا يَدْرِي مَا يُصِيبُهُ بِمَعْنَى أَنَّهُ مَجْهُولُ الْقَدْرِ وَالْعَيْنِ وَإِنْ كَانَ مِلْكُهُ ثَابِتًا عَلَيْهِ لَكِنَّ الْإِمَامَ لَهُ أَنْ يَخْصُ كُلَّ وَاحِدٍ بِعَيْنٍ مِنَ الْأَعْيَانِ بِخِلَافِ قِسْمَةِ الْمِيرَاثِ وَصَحَّ عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ، قَالَ جَابِرٌ: أَكْرَهُ بَيْعَ الْخُمْسِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقَسَّمَ^(١). وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ الْبَاهِلِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ زَيْدٍ - يَعْنِي الْعَبْدِيَّ - عَنْ شَهْرِ بْنِ حَوْشَبٍ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا تَشْتَرُوا الصَّدَقَاتِ حَتَّى تُقْبِضَ^(٢) وَالْمَغَانِمَ حَتَّى تُقَسَّمَ» أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ وَأَبْنُ شَهْرٍ [وإِسْحَاقُ بْنُ رَاهُوَيْهِ وَالْبَزَّازُ فِي مُسْتَدْرَيْهِمَا] وَمُحَمَّدُ بْنُ زَيْدٍ صَالِحٌ لَا بَأْسَ بِهِ وَالْبَاهِلِيُّ بَصْرِيٌّ مَجْهُولٌ وَشَهْرٌ حَالُهُ مَشْهُورٌ وَفِي سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ مِنْ حَدِيثِ رُوَيْفِعِ بْنِ ثَابِتٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَا يَحِلُّ لِمَرءٍ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَبِيعَ مَغْنَمًا حَتَّى يُقَسَّمَ». وَفِي الْحَدِيثِ طَوَّلٌ أَخْرَجَ التِّرْمِذِيُّ بَعْضَهُ وَحَسَنَهُ.

وَخَرَجَ النَّسَائِيُّ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ^(٤) أَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَغَانِمِ حَتَّى تُقَسَّمَ» وَخَرَجَهُ أَحْمَدُ وَأَبُو دَاوُدَ مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ. وَرَوَى ابْنُ إِسْحَاقَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي نَجِيحٍ عَنْ مَكْحُولٍ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَغَانِمِ حَتَّى تُقَسَّمَ» مُرْسَلٌ، وَهَذَا فِي حَقِّ أَحَادِ الْجَيْشِ مِنْهُيٌّ عَنْهُ سِوَاءَ بَاعِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ لِأَنَّهُ قَبْلَ

(١) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرِّزَّاقِ فِي بَابِ الْمَغَانِمِ حَدِيثٌ رَقْمُ ٩٤٨٧ ح (٥/٢٤٠).

(٢) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي مَصْنُفِهِ ح رَقْمُ (١٠٥٠٩) ح (٢/٤١٠).

(٣) سَنَنِ التِّرْمِذِيِّ (٤/١٣٢) ح رَقْمُ (١٥٦٣).

(٤) الدِّرَايِ الْمُضِيئَةُ (١/٢٩٩).

الْقَبْضِ مَجْهُولٌ^(١) وَيَعْدُهُ تَعْدٌ وَعُلُولٌ فَإِنَّهُ لَا يُسْتَبَدُّ بِالْقِسْمَةِ دُونَ الْإِمَامِ وَأَمَّا الْإِمَامُ فَإِذَا رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِي بَيْعِ شَيْءٍ مِنَ الْغَنِيمَةِ وَقَسَمَ ثَمَنَهُ فَلَهُ ذَلِكَ.

السُّأَلَةُ الرَّابِعَةُ: بَيْعُ الصَّدَقَاتِ قَبْلَ أَنْ تُقْبَضَ وَمَاخِذُهُ أَنَّ الصَّدَقَةَ لَا تُمْلِكُ بِدُونِ الْقَبْضِ وَفِي مُصَنَّفِ عَبْدِ الرَّزَّاقِ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ مُوسَى بْنِ عُقْبَةَ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ أَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ نَهَى أَنْ تُبَاعَ الصَّدَقَةُ حَتَّى تُعْتَقَلَ وَتُوسَمَ»^(٢). وَعَنْ يَحْيَى بْنِ الْعَلَاءِ الْجَلِّيِّ عَنْ خُثَيْمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ زَيْلٍ عَنْ شَهْرِ بْنِ حَوْشَبٍ قَالَ: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الصَّدَقَاتِ حَتَّى تُقْبَضَ» وَهَذَا الْمُرْسَلُ أَشْبَهُ مِنَ الْمُسْنَدِ السَّابِقِ. فَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِمِلْكِهَا بِمَجَرَّدِ الْقَبُولِ إِذَا تَعَيَّنَتْ مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ فَقَدْ مَرَّ نَصٌّ أَحْمَدُ بِجَوَازِ التَّوَكُّلِ فِيهَا، وَهُوَ نَوْعٌ تَصَرُّفٌ فَقِيَّاسُهُ سَائِرُ الصَّدَقَاتِ، وَتَكُونُ حَيْثُ كَالِهَبَةِ الْمَمْلُوكَةِ بِالْعَقْدِ، وَأَمَّا إِذَا عَيْنَهَا الْمَالِكُ مِنْ مَالِهِ وَأَفْرَدَهَا فَلَا يَصِيرُ بِذَلِكَ صَدَقَةً وَلَا يَخْرُجُ عَنْ مِلْكِهِ بِدُونِ قَبْضِ الْمُسْتَحِقِّ أَوْ قَبُولِهِ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّهَا إِذَا تَلَفَتْ بَعْدَ تَعَيُّنِهَا لَمْ تَبْرَأْ ذِمَّتُهُ مِنَ الزَّكَاةِ وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ صَدَقَةً تَطَوُّعَ فَاسْتَحَبَّ إِمْضَاءُهَا وَكَرِهَ الرُّجُوعَ فِيهَا، وَنَقَلَ عَنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى خُرُوجِهَا عَنْ مِلْكِهِ بِمَجَرَّدِ التَّعَيُّنِ، وَنَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: كُلُّ شَيْءٍ جَعَلَهُ الرَّجُلُ لِلَّهِ يَمْضِيهِ وَلَا يَرْجِعُ فِي مَالِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ خَرَجَ مِنْ مِلْكِهِ فَلَيْسَ هُوَ لَهُ مِنْ صَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ صِلَةٍ رَحِمَ وَإِنْ كَانَ قَلِيلًا أَمْضَاهُ وَنَقَلَ عَنْهُ جَيْشُ بْنُ سِنْدِيٍّ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ دَرَاهِمَ، فَقَالَ لَهُ: تَصَدَّقْ بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ، ثُمَّ إِنَّ الدَّافِعَ جَاءَ فَقَالَ: رُدَّ إِلَيَّ الدَّرَاهِمِ، مَا يَصْنَعُ الْمَدْفُوعُ يَرُدُّهَا عَلَيْهِ؟ قَالَ: لَا يَرُدُّهَا عَلَيْهِ يَمْضِيهَا فِيمَا أَمَرَهُ بِهِ، وَنَقَلَ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ مَعْنَاهُ وَحَمَلَ الْقَاضِي ذَلِكَ عَلَى الْاسْتِحْبَابِ.

وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: لَا أَعْلَمُ لِلْاسْتِحْبَابِ وَجْهًا وَهُوَ كَمَا قَالَ وَإِنَّمَا يَخْرُجُ عَلَى أَنَّ الصَّدَقَةَ تَتَّعَيْنُ بِالتَّعَيُّنِ كَمَا يَقُولُ فِي الْهَدْيِ وَالْأَضْحِيَّةِ أَنَّهُ يَتَّعَيْنُ بِالْقَوْلِ بِلَا خِلَافٍ، وَفِي تَعَيُّنِهِ بِالنِّيَّةِ وَجَهَانٍ فَإِذَا قَالَ: هَذِهِ صَدَقَةٌ تَعَيَّنَتْ وَصَارَتْ فِي حُكْمِ الْمَنْدُورَةِ وَصَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ لَكِنْ هَلْ ذَلِكَ إِنْشَاءٌ لِلتَّنْذِرِ أَوْ إِقْرَارٌ؟ فِيهِ خِلَافٌ بَيْنَ الْأَصْحَابِ، وَإِذَا عَيَّنَ بِنِيَّتِهِ أَنْ يَجْعَلَهَا صَدَقَةً وَعَزَلَهَا عَنْ مَالِهِ فَهُوَ كَمَا اشْتَرَى شَاةً يَتَوَيَّ التَّضَحِّيَةَ بِهَا، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ سَقُوطُ الزَّكَاةِ

(١) ولا يصح بيع المجهول لنهي رسول الله ﷺ عن بيع الغرر.

(٢) أخرجه مثله ابن أبي شيبة ح (٥١١ - ١) ح (٤١٠/٢)، وفي سنن البيهقي الكبرى ح (٧٤١٩)

عَنْهُ يَتْلَفُهَا قَبْلَ قَبْضِ الْمُسْتَحَقِّ أَوْ الْإِمَامِ لَا تَأْنٍ أَنْ قُلْنَا: الزَّكَاةُ فِي الذِّمَّةِ فَهُوَ كَمَا لَوْ عَيْنَ عَنْ
الْهَدْيِ وَاجِبٌ فِي الذِّمَّةِ هَدْيًا فَعَطِبَ فَإِنَّهُ يَلْزِمُهُ إِنْدَالُهُ وَإِنْ قُلْنَا: فِي الْعَيْنِ فَلَا يَبْرَأُ مِنْهَا
لِفَوَاتِ قَبْضِ الْمُسْتَحَقِّ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ وَإِصْبَالُهُ أَيْضًا وَاجِبٌ عَلَيْهِ فَلَا يَبْرَأُ بِدُونِهِ، وَلَا
يُكَتْفَى فِيهِ بِالتَّمْيِيزِ وَلَوْ حَصَلَ التَّمْكِينُ مِنَ الْقَبْضِ مَنْ فَعَلَ الدَّفْعَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فَكَيْفَ إِذَا
[لَمْ] يَحْصُلِ التَّمْكِينُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* * *

القاعدة الثالثة والخمسون:

مَنْ تَصَرَّفَ فِي عَيْنٍ تَعَلَّقَ بِهَا حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى أَوْ لِأَدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ إِنْ كَانَ الْحَقُّ مُسْتَقَرًّا فِيهَا
بِمُطَالَبَةٍ مِنْ لَهُ الْحَقُّ بِحَقِّهِ أَوْ يَأْخُذُهُ بِحَقِّهِ لَمْ يَنْفَذِ التَّصَرُّفُ وَلَمْ يُوْجَدْ سِوَى تَعَلُّقِ الْحَقِّ
لَا سِتِفَائِهِ مِنْهَا صَحَّ التَّصَرُّفُ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَقِيَاسُ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ لَا يَصِحُّ حَيْثُ قَالَ:
لَا يَصِحُّ وَقَفُ الشَّقِيعِ وَلَا رَهْنُ الْجَانِي، وَكَلَامُهُ فِي الشَّافِي يَدُلُّ عَلَى أَنَّ التَّصَرُّفَ فِيهَا
وَجِبَتْ فِيهِ الزَّكَاةُ لَا يَصِحُّ فِي قَدَرِهَا، وَكَذَلِكَ اخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الْإِنْتِصَارِ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ
التَّصَرُّفُ فِي الْجَانِي بِالْبَيْعِ لِتَعَلُّقِ الْحَقِّ بِعَيْنِهِ فَإِنْ فَدَاهُ السَّيِّدُ كَانَ افْتِكَارًا وَسَقَطَ الْحَقُّ
الْمُتَعَلِّقُ بِهِ كَمَا لَوْ وَفَى دَيْنَ الرَّهْنِ وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ، وَهُوَ الْفَرْقُ بَيْنَ أَنْ يَثْبُتَ اسْتِحْقَاقُ
يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ وَبَيْنَ أَنْ يَتَرَتَّبَ عَلَى الثَّبُوتِ مُقْتَضَاهُ بِالْأَخْذِ بِالْحَقِّ أَوْ بِالْمُطَالَبَةِ بِهِ فَالْأَوَّلُ مَلَكٌ
أَنْ يَتَمَلَّكَ وَالثَّانِي يَمْلِكُ أَوْ طَالِبٌ بِحَقِّهِ الَّذِي لَا يُمَكِّنُ دَفْعُهُ عَنْهُ، وَهُوَ شَيْءٌ بِالْفَرْقِ بَيْنَ
الْمُفْلِسِ قَبْلَ الْحَجْرِ عَلَيْهِ وَبَعْدَهُ، فَالْفَلْسُ مُقْتَضٍ لِلْحَجْرِ وَالْمَنْعُ مِنَ التَّصَرُّفِ، وَلَا يَثْبُتُ
ذَلِكَ إِلَّا بِالْمُطَالَبَةِ وَالْحُكْمُ وَيَتَخَرَّجُ عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: التَّصَرُّفُ فِي الْمَرْهُونِ بَيْعٌ أَوْ غَيْرُهُ مِمَّا لَا سِرَابِيَةَ لَهُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ الْمُرْتَهَنَ أَخَذَ
بِحَقِّهِ فِي الرَّهْنِ مِنَ التَّوْثِيقِ وَالْحَبْسِ وَقَبْضُهُ وَحُكْمُ لَهُ بِهِ فَهُوَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الرَّهْنِ كَغَرْمَاءِ
الْمُفْلِسِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ، فَأَمَّا الْعِتْقُ فَلِأَنَّهُ نَفَذَ لِقَوْتِهِ وَسِرَابِيَتِهِ كَمَا نَفَذَ حَجُّ الْمَرْأَةِ وَالْعَبْدِ
بِدُونِ إِذْنِ السَّيِّدِ وَالزَّوْجِ حَتَّى أَتَاهُمَا لَا يَمْلِكَانِ تَحْلِيلَهُمَا عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ كَقُوَّةِ الْإِحْرَامِ
وَلَزُومِهِ، وَلِهَذَا يَتَعَدُّ مَعَ فُسَادِهِ وَيَلْزَمُ إِتِمَامُهُ.

وَمِنْهَا: الشَّقِيعُ إِذَا طَالِبٌ بِالشَّقِيعَةِ لَا يَصِحُّ تَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي بَعْدَ طَلَبِهِ لِأَنَّ حَقَّهُ تَقَرَّرَ
وَبُتِيَ، وَقَبْلَ الْمُطَالَبَةِ إِمَّا كَانَ لَهُ أَنْ يَتَمَلَّكَ وَالْمُطَالَبَةُ إِمَّا تَمَلَّكَ عَلَى رَأْيِ الْقَاضِي وَإِمَّا
مُؤَدَّةً بِالتَّمَلُّكِ وَمَانِعَةً لِلْمُشْتَرِي مِنَ التَّصَرُّفِ، إِذْ تَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي إِمَّا كَانَ نَافِذًا لِتَرْكِ

الشَّيْعِ الْاِحْتِجَارَ عَلَيْهِ وَالْاِخْذَ بِحَقِّهِ وَقَدْ زَالَ فَإِنْ نَهَى الشَّيْعُ الْمُشْتَرِيَ عَنِ التَّصَرُّفِ وَلَمْ يُطَالَبْ بِهَا لَمْ يَصِرْ الْمُشْتَرِيَ مَمْنُوعًا، بَلْ تَسْقُطُ الشُّعْةُ عَلَى قَوْلِنَا هِيَ عَلَى الْفَوْرِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا حَلَّ الدَّيْنُ عَلَى الْغَرِيمِ وَأَرَادَ السَّقْرَ فَإِنْ مَنَعَهُ غَرِيمُهُ مِنْ ذَلِكَ لَمْ يَجْزُ لَهُ السَّقْرُ، وَإِنْ فَعَلَهُ كَانَ عَاصِيًا بِهِ لِأَنَّهُ حَسَبَهُ وَلَهُ وَلَايَةُ حَسَبِهِ لَاسْتِيفَاءِ حَقِّهِ كَالْمُرْتَهِنِ فِي الرِّهْنِ وَإِنْ لَمْ يَمْنَعُهُ فَهَلْ لَهُ الْإِفْدَامُ عَلَى السَّقْرِ؟ ذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِيهِ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يَجُوزُ لِأَنَّ الْحَبْسَ عَقُوبَةٌ لَا يَتَوَجَّهُ بِدُونِ الطَّلَبِ وَالْاِئْتِزَامِ. وَالثَّانِي: لَا لِأَنَّهُ يَمْنَعُ سَفَرَهُ حَقًّا وَاجِبًا عَلَيْهِ لِثُبُوتِ الْحَبْسِ فِي حَقِّهِ بَلْ لِمَا يَلْزَمُ فِي سَفَرِهِ مِنْ تَأْخِيرِ الْحَقِّ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: الْمُفْلِسُ إِذَا طَلَبَ الْبَائِعُ مِنْهُ سِلْعَتَهُ الَّتِي يَرْجِعُ بِهَا قَبْلَ الْحَجَرِ لَمْ يَنْفُذْ تَصَرُّفَهُ نَصَّ عَلَيْهِ، قَالَ إِسْمَاعِيلُ بْنُ سَعِيدٍ: سَأَلْتُ أَحْمَدَ عَنِ الْمُفْلِسِ هَلْ يَجُوزُ فِعْلُهُ فِيمَا اشْتَرَى قَبْلَ أَنْ يُطَالَبَ الْبَائِعُ مِنْهُ بِمَا بَاعَ الْمُشْتَرِيَ عَلَيْهِ، فَقَالَ: إِنْ أَحْدَثَ فِيهِ الْمُشْتَرِيَ عِتْقًا أَوْ بَيْعًا أَوْ هِبَةً فَهُوَ جَائِزٌ مَا لَمْ يُطَالَبَ الْبَائِعُ، وَذَلِكَ أَنَّ الْحَدِيثَ قَالَ: هُوَ أَحَقُّ بِهِ فَلَا يَكُونُ أَحَقُّ بِهِ إِلَّا بِالطَّلَبِ فَلَعَلَّهُ أَنْ لَا يُطَالَبُهُ قُلْتُ: أَرَأَيْتَ إِنْ طَلَبَهُ فَلَمْ يَدْفَعْهُ إِلَيْهِ؟ قَالَ: فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَلَا هِبَتُهُ وَلَا صَدَقَتُهُ بَعْدَ الطَّلَبِ. وَنَقَلَ عَنْهُ إِسْمَاعِيلُ أَيْضًا كَلَامًا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مُطَالَبَةَ الْبَائِعِ - تَثْبُتُ إِمَّا بِتَفْلِيسِ الْحَاكِمِ أَوْ بِاشْتِهَارِ فَلْسِهِ بَيْنَ النَّاسِ، وَكَذَلِكَ نَقَلَ عَنْهُ مُحَمَّدُ بْنُ مُوسَى الزَّيْدَانِي أَنَّ اشْتِهَارَ فَلْسِهِ بِظُهُورِ أَمَارَاتِهِ يَمْنَعُ نَفُوذَ تَصَرُّفَاتِهِ مُطْلَقًا.

وَمِنْهَا: لَوْ وُجِدَ مُضْطَرًّا وَعِنْدَهُ طَعَامٌ فَاضِلٌ فَبَادَرَ بِبَاعِهِ أَوْ رَهْنَهُ هَلْ يَصِحُّ؟ قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الْاِئْتِصَارِ فِي الرِّهْنِ يَصِحُّ، وَيَسْتَحِقُّ أَخْذَهُ مِنْ يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَالْبَائِعُ مِثْلُهُ: لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ مَا قَبْلَ الطَّلَبِ وَبَعْدَهُ، وَالْاِظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ بَعْدَ الطَّلَبِ لِوُجُوبِ الدَّفْعِ بَلْ وَلَوْ قِيلَ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ مُطْلَقًا مَعَ عِلْمِهِ بِاضْطِرَّارِهِ لَمْ يَبْعُدْ لِأَنَّ بَذْلَهُ لَهُ وَاجِبٌ بِالثَّمَنِ فَهُوَ كَمَا لَوْ طَالَبَ الشَّيْعُ بِالشُّعْةِ وَأَوَّلَى، لِأَنَّ هَذَا يَجِبُ بَذْلُهُ اِبْتِدَاءً لِإِحْيَاءِ النَّفْسِ، وَقَدْ يُفَرَّقُ بَيْنَ الشَّيْعِ حَقُّهُ مُتَعَيَّنٌ فِي عَيْنِ الشَّقْصِ، وَهَذَا حَقُّهُ فِي سَدِّ الرَّمَقِ، وَلِهَذَا كَانَ إِطْعَامُهُ فَرْضًا عَلَى الْكِفَايَةِ فَإِذَا نَقَلَهُ إِلَى غَيْرِهِ تَعَلَّقَ الْحَقُّ بِذَلِكَ الْغَيْرِ وَوَجَبَ الْبَدَلُ عَلَيْهِ وَأَمَّا مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ مُجَرَّدٍ فَيَنْدَرِجُ تَحْتَهُ مَسَائِلُ مُتَعَدَّةٌ:

مِنْهَا: بَيْعُ النَّصَابِ بَعْدَ الْحَوْلِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ نَصَّ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْوُجُوبَ إِنْ كَانَ مُتَعَلِّقًا بِالدِّمَةِ

وَحَدَهَا فَلَا إِشْكَالَ وَإِنْ كَانَ فِي الْعَيْنِ وَحَدَهَا فَلَيْسَ بِمَعْنَى الشَّرَكَةِ وَلَا بِمَعْنَى انْحِصَارِ الْحَقِّ فِيهَا، وَلَا تَجُوزُ الْمُطَالَبَةُ بِالْإِخْرَاجِ مِنْهَا عَيْنًا مَعَ وُجُودِ غَيْرِهَا، فَلَا يَتَوَجَّهُ انْحِصَارُ الْاسْتِحْقَاقِ فِيهَا بِحَالٍ.

وَمِنْهَا: بَيْعُ الْجَانِي يَصِحُّ فِي الْمَنْصُوصِ وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ، وَسَوَاءٌ طَالَبَ الْمَجْنِي عَلَيْهِ بِحَقِّهِ أَمْ لَا لِأَنَّ حَقَّهُ لَيْسَ فِي مِلْكِ الْعَبْدِ، وَلَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَلَكَهُ ابْتِدَاءً وَإِنَّمَا وَجِبَ لَهُ أَرْضُ جِنَايَتِهِ وَلَمْ نَجِدْ مَحَلًّا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْوُجُوبُ سِوَى رَقَبَةِ الْعَبْدِ الْجَانِي فَانْحَصَرَ الْحَقُّ فِيهَا بِمَعْنَى الْاسْتِيفَاءِ مِنْهَا فَإِنْ رَضِيَ الْمَالِكُ بِذَلِكَ جَازَ وَإِلَّا فَلِنَّمَا لَهُ أَقَلُّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَةِ الْجَانِي أَوْ أَرْضُ^(١) جِنَايَتِهِ فَلِئِهْمَا بَدَلٌ لَزِمَ قَبُولُهُ وَالْمُطَالَبَةُ مِنْهُ إِنَّمَا تَتَوَجَّهُ بِحَقِّهِ وَحَقُّهُ هُوَ أَرْضُ الْجِنَايَةِ لَا مِلْكُ رَقَبَةِ الْعَبْدِ عَلَى الصَّحِيحِ فَلَا يَتَوَجَّهُ الْمَنْعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ لِأَنَّ تَسْلِيمَهُ إِلَيْهِ لَمْ يَتَّعِنَ.

وَمِنْهَا: مَنْ مَلَكَ عَبْدًا مِنَ الْغَنِيمَةِ ثُمَّ ظَهَرَ سَيِّدُهُ وَقُلْنَا: حَقُّهُ ثَابِتٌ فِيهِ بِالْقِيَمَةِ فَبَاعَهُ الْمُعْتَنِمُ قَبْلَ أَخْذِ سَيِّدِهِ صَحَّ وَيَمْلِكُ السَّيِّدُ انْتِزَاعَهُ مِنَ الثَّانِي، وَكَذَلِكَ لَوْ رَهَنَهُ صَحَّ وَيَمْلِكُ السَّيِّدُ انْتِزَاعَهُ مِنَ الْمُرْتَهِنِ ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الْاِنْتِصَارِ وَلَمْ يَفْرُقْ بَيْنَ أَنْ يُطَالَبَ بِأَخْذِهِ أَوْ لَا وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْمُطَالَبَةَ تَمْنَعُ التَّصَرُّفَ كَالشُّفْعَةِ.

وَمِنْهَا: تَصَرُّفُ الْوَرِثَةِ فِي التَّرَكَةِ الْمُعْلَقِ بِهَا حَقُّ الْغُرَمَاءِ، وَفِي صِحَّتِهِ وَجْهَانِ أَحْسَنُهُمَا الصَّحَّةُ وَعَلَى الْمَنْعِ يَنْفَعُ بِالْعَتَقِ كَالرَّهْنِ، وَأَخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي نَظَرِيَّاتِهِ أَنَّهُ لَا يَنْفَعُ إِلَّا مَعَ يَسَارِهِمْ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُمْ تَبِعَ لِتَصَرُّفِ الْمُورِثِ فِي مَرَضِهِ، وَهَذَا مُتَوَجَّهٌ عَلَى قَوْلِنَا إِنَّ حَقَّ الْغُرَمَاءِ تَعَلَّقَ بِالتَّرَكَةِ فِي الْمَرَضِ.

وَمِنْهَا: تَصَرُّفُ الزَّوْجَةِ فِي نِصْفِ الصَّدَاقِ بَعْدَ الطَّلَاقِ إِذَا قُلْنَا: لَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِ الزَّوْجِ قَهْرًا، قَالَ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ: يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ لِرُدُّدِهِ بَيْنَ خِيَارِ الْبَيْعِ وَبَيْنَ خِيَارِ الْوَأْهِبِ.

وَمِنْهَا: تَصَرُّفُ مَنْ وَهَبَ الْمَرِيضُ مَالَهُ كُلَّهُ فِي مَرَضِهِ قَبْلَ مَوْتِهِ فَيَجُوزُ وَيَنْفَعُ حَتَّى لَوْ كَانَ أَمَةً كَانَ لَهُ وَطُوءُهَا، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَحَدَّهُ فِي خِلَافِهِ وَأَسْتَبَعَدَهُ الشَّيْخُ نَقِيُّ الدِّينِ لِأَنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ فَكَيْفَ يَجُوزُ قَبْلَهَا، وَقَدْ يُقَالُ: هُوَ فِي الظَّاهِرِ مَلَكُهُ بِالْقَبْضِ وَمَوْتِ الْوَأْهِبِ، وَاتَّقَالَ الْحَقُّ إِلَى الْوَرِثَةِ مَظْنُونٌ فَلَا يَمْنَعُ التَّصَرُّفُ، وَأَمَّا تَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي فِي مُدَّةِ

(١) الأرض من الجراحات: ما ليس له قدر معلوم، وقيل: هورية الجراحات، وفي البيع هو الذي يأخذه المشتري من البائع إذا اطلع على عيب في المبيع. لسان العرب (٦/٢٦٣).

الْخِيَارَ لَهُ وَلِلْبَائِعِ فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ مَوْقُوفٌ عَلَى إِمْضَاءِ الْبَيْعِ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي خَالِصِ مِلْكِهِ، وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ سِوَى حَقِّ الْبَائِعِ فِي الْفَسْخِ وَقَدْ زَالَ، فَأَشْبَهَ تَصَرُّفَ الْإِبْنِ فِيْمَا وَهَبَهُ لَهُ الْآبُ غَيْرَ أَنْ تَصَرَّفَ الْإِبْنُ لَا يَقِفُ عَلَى إِمْضَاءِ الْآبِ، لِأَنَّ حَقَّ الْآبِ فِي الْفَسْخِ يَسْقُطُ بِإِنْتِقَالِ الْمِلْكِ، وَلِأَنَّهُ تَسَلَّطَ الْآبُ عَلَى الرَّجُوعِ لَمْ يَكُنْ لِبَقَاءِ أَثَرِ مِلْكِهِ، بَلْ هُوَ حَقٌّ ثَابِتٌ بِالشَّرْعِ مَعَ ثُبُوتِ مِلْكِ الْوَلَدِ وَاسْتِقْرَارِهِ فَلَا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ، وَطُرِدَ هَذَا فِي كُلِّ مَنْ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ وَقَدْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ غَيْرِهِ لَا يَبْطُلُ مِنْ أَصْلِهِ كَتَصَرُّفِ الْمَرِيضِ فِيْمَا زَادَ عَلَى ثُلْثِ مَالِهِ فَإِنَّهُ يَقِفُ عَلَى إِمْضَاءِ الْوَرِثَةِ، وَعَنْتِ الْمَكَاتِبُ لِرَفِيقِهِ يَقِفُ عَلَى تَمَامِ مِلْكِهِ، ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي الْخِلَافِ، وَكَذَا ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الْإِنْتِصَارِ فِي مَسْأَلَةِ إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ أَنَّ تَصَرُّفَ الرَّاهِنِ يَصِحُّ وَيَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْمُرْتَهَنِ. وَذَكَرَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ أَنَّ هَذَا قَوْلٌ مِنْ يَقُولُ بِوَقْفِ تَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ أَيْضًا أَنَّ تَصَرُّفَ الْمُشْتَرِي فِي الشَّقْصِ الْمَشْفُوعِ يَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الشَّيْعِ.

* * *

القاعدة الرابعة والخمسون:

مَنْ ثَبِتَ لَهُ حَقٌّ فِي عَيْنٍ وَسَقَطَ بِتَصَرُّفٍ غَيْرِهِ فِيهَا، فَهَلْ يَجُوزُ لِلْمُتَصَرِّفِ فِيهَا الْإِفْدَامُ عَلَى التَّصَرُّفِ الْمُسْقِطِ لِحَقِّ غَيْرِهِ قَبْلَ اسْتِثْنَائِهِ أَمْ لَا؟ هَذَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ:
أَحَدُهَا: أَنْ يَكُونَ الْحَقُّ الَّذِي يَسْقُطُ بِالتَّصَرُّفِ قَدْ أَخَذَ بِهِ صَاحِبُهُ وَتَمَلَّكَهُ.
وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ قَدْ طَالَبَ بِهِ صَرِيحًا أَوْ إِيمَاءً، الَّذِينَ أَنْ يَثْبُتَ لَهُ الْحَقُّ شَرْعًا وَلَمْ يَأْخُذْ بِهِ وَلَمْ يُطَالَبْ بِهِ.

فَأَمَّا الْأَوَّلُ: فَلَا يَجُوزُ إِسْقَاطُ حَقِّهِ وَلَوْ ضَمَنَهُ بِالْبَدَلِ كَعَتَقِ الْعَبْدِ الْمَرْهُونِ إِذَا قُلْنَا: يَنْفُذُهُ عَلَى الْمَذْهَبِ الْمَشْهُورِ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ، ذَكَرَهُ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنَ الْأَصْحَابِ مِنْهُمْ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْكَافِي مَعَ أَنَّ عَتَقَهُ يُوجِبُ ضَمَانَ قِيَمَتِهِ يَكُونُ رَهْنًا لِأَنَّ فِيهِ إِسْقَاطًا لِحَقِّهِ الْقَائِمِ فِي الْعَيْنِ بِغَيْرِ رِضَاهُ، وَكَذَلِكَ إِخْرَاجُ الرَّهْنِ بِالِاسْتِيلَادِ مُحَرَّمٌ وَلَا أَجْلَ لَهُ مَعَ نَعْنَاءِ أَصْلِ الْوُطْءِ، وَكَذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ عَتَقُ الْمُفْلِسِ الْمُحْجُورِ عَلَيْهِ إِذَا نَفَذْنَاهُ لِأَنَّ غَرَمَاءَهُ قَدْ قَطَعُوا تَصَرُّفَهُ فِيهِ بِالْحَجَرِ وَتَمَلَّكُوا الْمَالَ وَقَدْ ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ أَيْضًا فِي تَبْذِيرِهِ قَبْلَ الْحَجَرِ، وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ جَوَازُ عَتَقِ الرَّاهِنِ كَاقتِصَاصِهِ مِنْ أَحَدِ عِيَدِهِ الْمَرْهُونِينَ إِذَا قَتَلَهُ الْآخَرُ وَلَمْ يَذْكُرْ لِدَلِيلِكَ نَصًّا، وَلَعَلَّهُ أَخَذَهُ مِنْ قَوْلِهِ يَنْفُذُ الْعَتَقُ وَلَا يَدُلُّ،

وَأَمَّا اقْتِصَاصُ الرَّاهِنِ مِنَ الْعَبْدِ الْمَرْهُونِ أَوْ مِنْ قَاتِلِهِ، وَقَدْ صَرَحَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ بِأَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَتَا لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ مِنْ غَيْرِ الرَّهْنِ أَوْ قِيَمَتِهِ الْوَاجِبَةِ لَهُ وَوَاجِبًا عَلَى الرَّاهِنِ قِيَمَتُهُ تَكُونُ رَهْنًا، وَصَرَحَا أَيْضًا [هَاهُنَا] بِأَنَّ الْعِنَقَ هَهُنَا لَا يَجُوزُ وَإِنَّمَا ذَكَرَا جَوَازَهُ فِي مَسْأَلَةِ الْعِنَقِ وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ جَوَازُ الْقِصَاصِ فَيَكُونُ الْفَرْقُ بَيْنَ الْقِصَاصِ وَالْعِنَقِ أَنَّ وَجُوبَ الْقِصَاصِ تَعَلَّقَ بِالْعَبْدِ تَعَلُّقًا يُقَدِّمُ بِهِ عَلَى حَقِّ الْمُرْتَهِنِ بِدَلِيلٍ أَنَّ حَقَّ الْجَانِي مُقَدَّمٌ عَلَى الْمُرْتَهِنِ لِانْحِصَارِ حَقِّهِ فِيهِ بِخِلَافِ الْمُرْتَهِنِ وَهَذَا مَفْقُودٌ فِي الْعِنَقِ.

وَأَمَّا الثَّانِي: فَلَا يَجُوزُ أَيْضًا، وَمِنْهُ خِيَارُ الْبَائِعِ الْمُشْتَرِطِ فِي الْعَقْدِ لَا يَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي إِسْقَاطُهُ بِالتَّصَرُّفِ فِي الْمَبِيعِ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْمِلْكَ لَهُ فَإِنْ اشْتَرَطَهُ الْخِيَارَ فِي الْعَقْدِ تَعْرِضٌ بِالْمُطَالَبَةِ بِالْفَسْخِ.

وَأَمَّا الثَّلَاثُ: فَفِيهِ خِلَافٌ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَيْضًا، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ إِسْقَاطُ خِيَارِهِ الثَّابِتِ فِي الْمَجْلِسِ [بِالْعِنَقِ وَلَا غَيْرِهِ] كَمَا لَوْ اشْتَرَطَهُ. وَيَنْدَرِجُ فِي صُورِ الْخِلَافِ مَسَائِلُ: مِنْهَا: مُقَارَفَةُ أَحَدِ الْمُتَبَايِعِينَ الْآخَرَ فِي الْمَجْلِسِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ خَشْيَةً أَنْ يَفْسَخَ الْآخَرُ، وَفِيهِ رَوَايَتَانِ إِحْدَاهُمَا يَجُوزُ، لِفِعْلِ ابْنِ عُمَرَ. وَالثَّانِيَةُ لَا يَجُوزُ، لِحَدِيثِ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَفَارِقَهُ خَشْيَةً أَنْ يَسْتَقِيلَهُ»^(١). وَهُوَ صَرِيحٌ فِي التَّحْرِيمِ وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَصَاحِبِ الْمُغْنِي.

وَمِنْهَا: تَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي فِي الشَّقْصِ الْمَشْفُوعِ بِالْوَقْفِ قَبْلَ الطَّلَبِ يَنْبَغِي أَنْ يُخْرَجَ عَلَى الْخِلَافِ فِي الَّتِي قَبْلَهَا، وَصَرَحَ الْقَاضِي بِجَوَازِهِ، وَظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي مَسْأَلَةِ التَّحِيلِ عَلَى إِسْقَاطِ الشُّعْمَةِ تَحْرِيمُهُ وَهُوَ الْأَظْهَرُ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ أَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ» نَهَى عَنْ بَيْعِ الشَّرِيكِ حَتَّى يَعْزُضَ عَلَى شَرِيكِهِ لِيَأْخُذَ أَوْ يَذَرَ»^(٢)، مَعَ أَنَّ حَقَّهُ مِنَ الْآخِذِ لَا يَسْقُطُ بِذَلِكَ، فَأَوَّلَى أَنْ يَنْهَى عَمَّا يَسْقُطُ حَقُّهُ بِالْكُلِّيَّةِ.

وَمِنْهَا: وَطءُ الْعَبْدِ زَوْجَتَهُ الْأَمَةَ إِذَا عَتَقَتْ وَلَمْ تَعْلَمْ بِالْعِنَقِ لِيُسْقَطَ اخْتِيَارُهَا لِلْفَسْخِ، الْأَظْهَرُ تَخْرِيجُهُ عَلَى الْخِلَافِ. وَقَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ فِي تَعْلِيلِهِ عَلَى الْهَدَايَةِ: قِيَاسٌ مَذْهَبِنَا جَوَازُهُ وَفِيمَا قَالَهُ نَظَرٌ.

وَمِنْهَا: تَصَرُّفُ الزَّوْجَةِ فِي نِصْفِ الصَّدَاقِ إِذَا طَلَّقَ الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَقُلْنَا: لَمْ يَمْلِكْهُ

(١) سنن الترمذی (٣/ ٥٥٠) حديث رقم (١٢٤٧).

(٢) المنثور (١/ ٣٦٧).

[مَهْرًا] فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ صَرَحَ بِهِ فِي الْمُحَرَّرِ، فَأَمَّا تَصَرُّفُ أَحَدِ الْمُتَبَايعِينَ فِيمَا بِيَدِهِ مِنَ الْعَوَضِ إِذَا اسْتَحَقَّ الْآخَرُ رَدَّ مَا بِيَدِهِ بَعِيبٌ أَوْ خَلْفٌ فِي صِفَةِ فَيَجُوزُ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ لِأَنَّهُ تَصَرُّفُهُ لَا يَمْنَعُ حَقَّ الْآخَرِ مِنْ رَدِّ مَا بِيَدِهِ فَإِذَا رَدَّهُ اسْتَحَقَّ الرَّجُوعُ بِالْعَوَضِ الَّذِي بَدَلَهُ إِنْ كَانَ بَاقِيًا وَإِلَّا رَجَعَ بِبَدَلِهِ وَقِيَاسُ هَذَا أَنَّ لِلْبَائِعِ التَّصَرُّفَ فِي الثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ الْأَثَرِ أَنَّ لِلْبَائِعِ التَّصَرُّفَ فِي الثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ إِلَّا أَنْ يَتَّخِذَ حِيلَةً عَلَى أَنْ يَقْرَضَ غَيْرَهُ مَالًا وَيَأْخُذَ مِنْهُ مَا يَتَفَعُّ بِهِ صُورَةَ الْبَيْعِ وَيَشْتَرِطُ الْخِيَارَ لِيَرْجِعَ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ وَجْهِ الْحِيلَةِ فَيَجُوزُ وَلَمْ يَمْنَعُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الثَّمَنِ.

* * *

القاعدة الخامسة والخمسون:

مَنْ ثَبِتَ لَهُ حَقُّ التَّمْلُكِ بِفَسْخٍ أَوْ عَقْدٍ هَلْ يَكُونُ تَصَرُّفُهُ فَسْخًا أَمْ لَا وَهَلْ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ أَمْ لَا؟ الْمَذْهَبُ الْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يَكُونُ تَمْلُكًا، وَلَا يَنْفُذُ وَفِي بَعْضِ صُورِهَا خِلَافٌ، وَمِنْ صُورِ الْمَسْأَلَةِ: الْبَائِعُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ إِذَا تَصَرَّفَ فِي الْمَبِيعِ لَمْ يَكُنْ تَصَرُّفُهُ فَسْخًا وَلَمْ يَنْفُذْ نَصٌّ عَلَيْهِ وَقَالَ فِي رَوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ: لَا يَجُوزُ عِنَقُ الْبَائِعِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَالِكٍ لَهُ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ إِنَّمَا لَهُ فِيهِ خِيَارٌ فَإِذَا اخْتَارَهُ ثَمَّ أَعْتَقَهُ جَازَ فَأَمَّا دُونَ أَنْ يَرُدَّ الْبَيْعَ فَلَا. وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي الْمَسْأَلَةِ عَلَى طَرُقٍ:

أَحَدُهَا: لَا يَكُونُ فَسْخًا رَوَايَةً وَاحِدَةً وَإِنَّمَا يَفْسُخُ بِالْقَوْلِ وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ وَهِيَ أَصَحُّ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّ بَيْعَهُ لَيْسَ بِفَسْخٍ فِي رَوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ سَعِيدٍ وَنَصَّ عَلَى أَنَّهُ إِذَا وَطِئَ فَعَلَيْهِ الْحُدُّ فِي رَوَايَةِ مُهَنَّأ.

وَالطَّرِيقَةُ الثَّانِيَّةُ: أَنَّ الْمَسْأَلَةَ عَلَى رَوَايَتَيْنِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ وَأَبِي الْخَطَّابِ وَابْنِ عَقِيلٍ وَصَاحِبِ الْمُغْنِيِّ وَرَجَّحَ أَنَّهُ فَسْخٌ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُشْتَرِي فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ فَيَنْفَسُخُ بِمَجَرَّدِ تَصَرُّفِ الْبَائِعِ بِخِلَافِ بَائِعِ الْمُفْلِسِ فَإِنَّ مِلْكَ الْمُفْلِسِ تَامٌ.

وَالطَّرِيقَةُ الثَّلَاثَةُ: أَنَّ تَصَرُّفَهُ فَسْخٌ بِغَيْرِ خِلَافٍ كَمَا أَنَّ تَصَرُّفَ الْمُشْتَرِي بِإِمْضَاءٍ وَإِبْطَالٍ لِلْخِيَارِ فِي الْمَنْصُوصِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْمَجَرَّدِ وَالْحُلُوانِيِّ فِي الْكَفَايَةِ وَهِيَ مُخَالَفَةٌ لِلْمَنْصُوصِ وَلَا يَصِحُّ اعْتِبَارُ فَسْخِ الْبَائِعِ بِإِمْضَاءِ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ مِلْكَ الْمُشْتَرِي قَائِمٌ وَمِلْكَ الْبَائِعِ مَفْقُودٌ.

وَالطَّرِيقَةُ الرَّابِعَةُ: أَنَّ تَصَرُّفَهُ بِالْوَطْءِ فَسْخٌ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّهُ اخْتِيَارٌ بِدَلِيلٍ وَطْءٍ مَنْ أَسْلَمَ

عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ وَبِعْثَرِهِ وَفِيهِ الْخِلَافُ وَهِيَ طَرِيقَةُ صَاحِبِ الْكَافِي وَمِمَّنْ صَرَحَ بِأَنَّ الْوُطْءَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ وَحَكَاهُ فِي الْخِلَافِ عَنْ أَبِي بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ وَلَمْ أَجِدْ فِيهِ وَلَا يَصِحُّ الْحَاقُّ وَطْءِ الْبَائِعِ بِوُطْءٍ مَنْ أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ لِأَنَّ مِلْكَهُ قَائِمٌ فَلِذَلِكَ كَانَ الْوُطْءُ اخْتِيَارًا فِي حَقِّهِ فَهُوَ كَوُطْءِ الْمُشْتَرِي هَاهُنَا وَالْبَائِعِ بِخِلَافِهِ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّ عَلَيْهِ الْحَدَّ فِي رَوَايَةٍ مِثْلَ هَذِهِ وَأَمَّا نَفْذُ التَّصَرُّفِ فَهُوَ مَمْنُوعٌ عَلَى الْأَقْوَالِ كُلِّهَا، صَرَحَ بِهِ الْأَكْثَرُونَ مِنَ الْأَصْحَابِ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَقَدَّمْهُ مِلْكُ اللَّهِ إِلَّا أَنْ يَتَقَدَّمَهُ سَبَبٌ يُوجِبُ الْإِنْفِسَاحَ كَالسُّوْمِ وَنَحْوِهِ، وَذَكَرَ الْحُلَوَانِيُّ فِي التَّبَصُّرَةِ أَنَّهُ لَا يَنْفُذُ وَيَتَخَرَّجُ مِنْ قَاعِدَةٍ لَنَا سَنَذْكُرُهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَهِيَ أَنَّهُ هَلْ تَكْفِي مُقَارَنَةُ شَرْطِ الْعَقْدِ فِي صِحَّتِهِ؟

وَمِنْهَا: إِذَا بَاعَ أَمَةٌ بِعَبْدٍ ثُمَّ وَجَدَ بِالْعَبْدِ عَيْبًا فَلَهُ الْفَسْخُ وَاسْتِرْجَاعُ الْأَمَةِ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ السَّلْعِ الْمَعْيِيَةِ إِذَا عَلِمَ بِهَا بَعْدَ الْعَقْدِ وَلَيْسَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي عَوْضِهِ الَّذِي آذَاهُ لِأَنَّ مِلْكَ الْآخِرِ عَلَيْهِ تَامٌ مُسْتَقَرٌّ فَلَوْ أَقْدَمَ وَأَعْتَقَ الْأَمَةَ أَوْ وَطَّئَهَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فَسْخًا وَلَمْ يَنْفُذْ عِثْقُهُ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَذَكَرَ فِي الْمَجْرَدِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ احْتِمَالًا آخَرَ أَنَّ وَطْءَهُ يَكُونُ اسْتِرْجَاعًا كَمَا فِي وَطْءِ الْمُطْلَقَةِ الرَّجْعِيَّةِ. وَمَنْ أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ وَهَذَا وَاهٍ جِدًّا فَإِنَّ الْمِلْكَ عَنِ الرَّجْعِيَّةِ وَمَنْ أَسْلَمَ عَلَيْهِنَّ لَمْ يَزَلْ وَهَذَا قَدْ زَالَ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ أَمَةٌ ثُمَّ أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ وَالْأَمَةُ مَوْجُودَةٌ بِعَيْنِهَا فَلَهُ اسْتِرْجَاعُهَا بِالْقَوْلِ بِدُونِ إِذْنِ الْحَاكِمِ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ حَكَاهُمَا الْقَاضِي بِنَاءً عَلَى نَقْضِ حُكْمِ الْحَاكِمِ بِخِلَافِهِ فَيَكُونُ كَالْفَسْخِ الْمُجْمَعِ عَلَيْهِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى حَاكِمٍ، وَلَوْ أَقْدَمَ عَلَى التَّصَرُّفِ فِيهَا ابْتِدَاءً لَمْ يَنْفُذْ وَلَمْ يَكُنْ اسْتِرْجَاعًا، وَكَذَلِكَ الْوُطْءُ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْخِلَافِ لِتَمَامِ مِلْكِ الْمُفْلِسِ. وَفِي الْمَجْرَدِ وَالْفُصُولِ أَنَّ الْوُطْءَ اسْتِرْجَاعٌ وَأَنَّ فِيهِ احْتِمَالًا آخَرَ بِعَدَمِهِ، وَيُمْكِنُ تَخْرِيجُ هَذَا الْخِلَافِ فِي سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ عَلَى طَرِيقَةٍ مِنْ أَثَبَّتَ الْخِلَافَ فِي تَصَرُّفِ الْبَائِعِ فِي مَدَّةِ الْخِيَارِ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُفْلِسِ غَيْرُ تَامٍّ بِدَلِيلٍ مَنَعِهِ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ لِحَقِّ الْبَائِعِ فَهُوَ كَالْمُشْتَرِي فِي مَدَّةِ الْخِيَارِ غَيْرَ أَنَّ ضَعْفَ الْمِلْكِ هَهُنَا طَارِئٌ وَفِي الذِّكْرِ الْخِيَارُ مُبْتَدِئٌ وَلَا أَثَرُ لِذَلِكَ.

وَمِنْهَا: تَصَرُّفُ الشَّقِيعِ فِي الشَّقِصِ الْمَشْفُوعِ قَبْلَ التَّمْلُكِ^(١) هَلْ يَكُونُ تَمْلُكًا وَيَقُومُ ذَلِكَ

(١) قَالَ الْبَغَوِيُّ: لَهُ بَيْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَقَالَ الْمُتَوَلَّى: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ اخْتِذَ بِهَا مَعَاوِضَةً، وَهَذَا أَصَحُّ وَأَقْوَى. الْمَجْمُوع (٢٥٥/٩).

مَقَامَ قَوْلِهِ أَوْ تَمْلِكُهُ أَوْ مَقَامَ الْمُطَالَبَةِ عِنْدَ مَنْ أَثْبَتَ بِهَا الْمِلْكَ أَوْ مَقَامَ الْأَخْذِ بِالْيَدِ عِنْدَ مَنْ أَثْبَتَ الْمِلْكَ بِهِ يُمَكِّنُ عَلَى تَخْرِيجِهِ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا، وَلَا سِيَّمَا بَعْدَ الْمُطَالَبَةِ لِأَنَّ حَقَّهُ اسْتَقَرَّ وَثَبَتَ وَانْقَطَعَ تَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي.

وَمِنْهَا: لَوْ وَهَبَ الْأَبُ لَوْلَدِهِ شَيْئًا وَقَبَضَهُ الْوَلَدُ ثُمَّ تَصَرَّفَ الْأَبُ فِيهِ بَعْدَ الْقَبْضِ ^(١) هَلْ يَكُونُ تَصَرُّفُهُ رَجُوعًا؟ الْمَنْصُوصُ أَنْ لَا. قَالَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ أَبِي طَالِبٍ: إِذَا وَهَبَ لِابْنِهِ جَارِيَةً وَقَبَضَهَا الْابْنُ لَمْ يَجْزُ لِلْأَبِ عِتْقُهَا حَتَّى يَرْجِعَ فِيهَا. وَقَالَ فِي رَوَايَةِ ابْنِ هَانِيٍّ: هَذِهِ الْجَارِيَةُ لِلْابْنِ وَأَعْتَقَ الْأَبُ مَا لَيْسَ لَهُ، وَخَرَجَ أَبُو حَفْصٍ الْبَرْمَكِيُّ فِي كِتَابِ حُكْمِ الْوَالِدَيْنِ فِي مَالٍ وَلَدِهِمَا رَوَايَةً أُخْرَى أَنَّ الْعِتْقَ صَحِيحٌ وَيَكُونُ رَجُوعًا وَسَيَأْتِي تَخْرِيجُ هَذَا الْأَصْلِ، إِنَّ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَفِي التَّلْخِيصِ لَا يَكُونُ وَطْؤُهُ رَجُوعًا وَهَلْ يَكُونُ بَيْعُهُ وَعِتْقُهُ وَنَحْوُهُمَا رَجُوعًا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ وَلَا يَنْفَعُ عَلَيْهِمَا لِأَنَّهُ لَمْ يُلَاقِ الْمِلْكَ وَلَهُ وَجْهٌ يَنْفُذُهُ لَا فِتْرَانَ الْمِلْكَ بِهِ كَمَا سَبَقَ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَصَرَّفَ الْوَالِدُ فِي مَالٍ وَلَدِهِ الَّذِي يُبَاحُ لَهُ تَمْلِكُهُ قَبْلَ التَّمْلِكِ لَمْ يَنْفَعِ [انْتَهَى]. وَلَمْ يَكُنْ تَمْلِكًا عَلَى الْمَعْرُوفِ مِنَ الْمَذْهَبِ وَأَنَّ تَمْلِكُهُ لَا يَحْصُلُ بِدُونِ الْقَبْضِ الَّذِي يُرَادُ التَّمْلِكُ بِهِ وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي مَوَاضِعَ لِأَنَّهُ مُبَاحٌ فَلَمْ يَتِمَّ بِدُونِ قَبْضِهِ كَالْأَصْطِفَادِ وَالْأَحْشَاشِ وَلَمْ يُخَرِّجُوا فِي تَمْلِكِهِ بِالْقَبُولِ خِلَافًا مِنَ الْهَبَةِ وَنَحْوِهَا لِأَنَّ الْهَبَةَ عَقْدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَيُكْتَفَى فِيهِ بِالْقَبُولِ كَعَقُودِ الْمَعَاوِضَةِ وَهَاهُنَا اكْتِسَابُهُ مَالٌ مُبَاحٌ مِنْ غَيْرِ عَقْدٍ فَلَا يَكْتَفَى فِيهِ بِدُونِ الْقَبْضِ وَالْحِيَازَةِ وَمَا لَمْ يَجْزُ فَهُوَ بَاقٍ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ وَخَرَجَ أَبُو حَفْصٍ الْبَرْمَكِيُّ رَوَايَةً أُخْرَى بِصِحَّةِ تَصَرُّفِهِ بِالْعِتْقِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَأَخَذَ ذَلِكَ مِمَّا رَوَاهُ الْمَرْوُذِيُّ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: لَوْ أَنَّ لَابْنَهُ جَارِيَةً فَعَتَقَهَا كَانَ جَائِزًا وَفِي رَوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ يَعْتَقُ الْأَبُ مِنْ مَالِ الْابْنِ وَهُوَ مِلْكُ الْابْنِ حَتَّى يَعْتَقَ الْأَبُ أَوْ يُؤْخَذَ وَفِي رَوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ أَرَى أَنَّ مَالَهُ يُؤْخَذُ مِنْهُ وَيَعْتَقُ مِنْهُ إِلَّا أُمَّ وَلَدِ ابْنِهِ وَفِي تَوْجِيهِ هَذِهِ الرِّوَايَةِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ رَقِيقَ الْابْنِ لَهُ فِيهِ شِبْهُ مِلْكٍ وَلِذَلِكَ نَفَذَ اسْتِیْلَاؤُهُ فَيَنْفَعُ عِتْقُهُ كَعِتْقِ أُمِّهِ مِنَ الْمَغْنَمِ لَكِنْ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّ الْأَبَ لَا يُطَالَبُ بِمَا أَتْلَفَهُ مِنْ مَالٍ وَلَدِهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ يُقَالُ: وَقَعَ الْمِلْكُ مُقَارِنًا لِلْعِتْقِ فَنَفَذَ وَهَذَا الْقَدَرُ مِنَ الْمِلْكِ يُكْتَفَى بِهِ فِي الْعِتْقِ كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ اعْتِقْ عَبْدَكَ عَنِّي وَعَلَيَّ ثَمَنُهُ فَفَعَلَ صَحَّ وَوَقَعَ الْعِتْقُ وَالْمِلْكُ مَعًا،

(١) وله ذلك قبل قبضه على الصحيح من الوجهين. المجموع (٢٥٥/٩).

وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ قَالَ بَيْعُ الْآبِ وَشِرَاؤُهُ عَلَى ابْنِهِ جَائِزٌ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ» وَظَاهِرُ هَذِهِ الرَّوَايَةِ جَوَازُ الْإِفْدَامِ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ وَتَقْوِذِهِ وَحُصُولُ التَّصَرُّفِ بِهِ وَفِي التَّنْبِيهِ لِأَبِي بَكْرٍ بَيْعُ الْآبِ عَلَى ابْنِهِ وَعِتْقُهُ وَصَدَقَتُهُ وَوَطْءُ إِمَائِهِ مَا لَمْ يَكُنْ الْإِبْنُ قَدْ وَطِئَ جَائِزٌ وَيَجُوزُ لَهُ بَيْعُ عَيْدِهِ وَإِمَائِهِ وَعِتْقُهُمْ، وَلِهَذَا الْقَوْلُ مَأْخُذَانِ أَيْضًا: أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْمَلِكَ يَقْتَرِنُ بِالتَّصَرُّفِ فَيَنْفَدُ كَمَا فِي نَظِيرِهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ هَذَا تَمَلُّكٌ فَهَرِيٌّ فِي مَالٍ مُعَيَّنٍ فَيَكْتَفَى فِيهِ بِالْقَوْلِ الدَّلَالُ عَلَى التَّمَلُّكِ كَمَا مَلَكَ الْهَبَةُ الْمُعَيَّنَةُ بِمُجَرَّدِ الْقَبُولِ عَلَى رَوَايَةٍ. وَلِهَذَا حَكَى طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ فِي بَيْعِ الْمُبَاحَاتِ النَّائِبَةِ وَالْجَارِيَةِ^(١) فِي الْأَرْضِ الْمَمْلُوكَةِ [قَبْلَ حِيَازَتِهَا] رَوَايَتَيْنِ وَلَمْ يَذْكُرُوا خِلَافًا فِي أَنَّهَا عَيْنٌ مَمْلُوكَةٌ وَمِمَّنْ سَلَكَ هَذَا الْمَسْلَكُ صَاحِبُ الْمُقْنَعِ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ وَوَجْهُ صِحَّةِ الْبَيْعِ عَلَى هَذَا أَنَّهُ مَقْدُورٌ عَلَى تَسْلِيمِهِ وَلَيْسَ مَمْلُوكًا لِغَيْرِهِ فَهُوَ كَالْمَمْلُوكِ، وَهُوَ قَرِيبٌ مِنْ بَيْعِ الصِّكَاكِ قَبْلَ اسْتِحْقَاقِهَا، وَقَدْ تَقَدَّمَ الْخِلَافُ فِيهَا، وَأَمَّا تَصَرُّفُ الْآبِ فِي أَمَةٍ وَلَدِهِ بِالْوَطْءِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَإِنْ أَحْبَلَهَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يُحْبِلْهَا، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ الْآبُ مَالَ وَلَدِهِ إِلَّا بِالْقَبْضِ لَمْ يَمْلِكْهَا حَتَّى يَقْبِضَهَا، وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ بِمُجَرَّدِ التَّصَرُّفِ صَارَتْ مِلْكًا لَهُ بِالْوَطْءِ بِمُجَرَّدِهِ، وَنَقَلْتُ مِنْ خَطِّ الْقَاضِي وَذَكَرَ أَنَّهُ نَقَلَهُ مِنْ خَطِّ ابْنِ شَاقِلَا قَالَ الشَّيْخُ يَعْنِي أَبَا بَكْرٍ عَبْدَ الْعَزِيزِ، رَوَى الْأَثَرُ أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا وَطِئَهَا زَوْجُهَا وَانْقَضَتْ الْعِدَّةُ ثُمَّ تَزَوَّجَتْ فَإِنْ أَنْتَ يَوْلَدُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَنَدَاعِيَاهُ جَمِيعًا أَرَى الْقَافَةَ. وَقَالَ: إِذَا وَطِئَ الرَّجُلُ جَارِيَةَ ابْنِهِ وَإِنْ كَانَ الْإِبْنُ قَدْ وَطِئَ فَلَا حَدَّ عَلَى الْآبِ لِأَنَّهَا بِنَفْسِ الْوَطْءِ مِلْكٌ لَهُ قَالَ الشَّيْخُ: فِي نَفْسِي مِنْ مَسْأَلَةِ الْأَثَرِ شَيْءٌ أَنْتَهَى.

فَإِنْ كَانَ قَوْلُهُ: إِذَا وَطِئَ الرَّجُلُ جَارِيَةَ ابْنِهِ إِلَى آخِرِهِ مِنْ تَمَامِ رَوَايَةِ الْأَثَرِ فَيَكُونُ ذَلِكَ مَنْصُوصًا عَنْ أَحْمَدَ وَإِلَّا فَهُوَ مِنْ كَلَامِ أَبِي بَكْرٍ، وَهُوَ مُوَافِقٌ لِمَا ذَكَرَهُ فِي التَّنْبِيهِ كَمَا حَكَيْنَاهُ عَنْهُ. وَقَوْلُهُ: وَإِنْ كَانَ الْإِبْنُ قَدْ وَطِئَ يُرِيدُ أَنَّ تَمَلُّكَهَا يَثْبُتُ مَعَ وَطْءِ الْإِبْنِ فَأَمَّا ثُبُوتُ الْاسْتِيلَادِ فَفِيهِ خِلَافٌ فِي الْمَذْهَبِ وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ كَلَامًا يَدُلُّ بِمَفْهُومِهِ عَلَى أَنَّهَا لَا تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً لَهُ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَالْمَرْجَّحُ عِنْدَ صَاحِبِ الْمُغْنِيِّ أَنَّهَا

(١) هذه إذا حجرها رئيس الدولة وأمر أن لا يأخذها إلا نوابه وأن تباع للناس، لم يحرم عليهم شراؤها لأنهم لا يظلمون أحداً بهذا الشراء ولأنهم هم المظلومون بحجرها عليهم. كتب ورسائل وفتاوى ابن شمس في الفقه (٢٥٩/٢٩).

تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً لِأَنَّ التَّحْرِيمَ لَا يَنَافِي الاسْتِيلَادَ وَكَالْأَمَةِ الْمُشْتَرَكَةِ وَلَكِنْ بَيْنَهُمَا فَرْقٌ وَهُوَ أَنَّ هَذِهِ مُحَرَّمَةٌ عَلَى التَّائِيدِ بِخِلَافِ الْمُشْتَرَكَةِ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدٌ عَلَى أَنَّ النَّسَبَ لَا يَلْحَقُ بِوَطْءِ الْأَمَةِ الْمَزُوجَةِ وَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا صَغِيرًا لَا يُولَدُ لِمِثْلِهِ فِي رَوَايَةِ حَرْبٍ وَابْنِ بُخْتَانَ وَذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ وَابْنُ أَبِي مُوسَى فَلِمُؤَبَّدَةِ التَّحْرِيمِ أَوَّلَى هَذَا كُلُّهُ مَا لَمْ يَكُنْ الْإِبْنُ قَدْ اسْتَوْلَدَهَا فَإِنْ كَانَ اسْتَوْلَدَهَا لَمْ يَتَّقِلْ الْمَلِكُ فِيهَا بِاسْتِيلَادٍ غَيْرِهِ كَمَا لَا يَتَّقِلُ بِالْعُقُودِ، وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُتُونِهِ أَنَّهَا تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً لَهُمَا جَمِيعًا كَمَا لَوْ وَطِئَ الشَّرِيكَانِ أَمْتَهُمَا فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ وَأَنْتَ بِوَلَدِ الْحَقِّهِ الْقَافَةِ بِهِمَا لَكِنْ فِي مَسْأَلَةِ الْقَافَةِ حُكْمٌ بِاسْتِيلَادِهِمَا [لَهَا] دَفْعَةٌ وَاحِدَةٌ وَفِي مَسْأَلَتِنَا قَدْ ثَبَتَ اسْتِيلَادُ الْإِبْنِ أَوَّلًا لَهَا فَلَا يَتَّقِلُ إِلَى غَيْرِهِ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: أُمُّ الْوَلَدِ تُمْلِكُ بِالْقَهْرِ عَلَى رَوَايَةٍ وَالْإِسْتِيلَادُ سَبَبٌ قَهْرِيٌّ وَمِنْهَا تَصَرَّفُ السَّيِّدُ فِي مَالِ عَبْدِهِ الَّذِي مَلَكَهُ إِيَّاهُ وَقُلْنَا: يَمْلِكُهُ، ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَنْفَعُ وَيَكُونُ اسْتِرْجَاعًا لَتَضَمُّنِهِ إِيَّاهُ وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ أَنَّهُ يَحْتَمِلُ حَمْلَهُ عَلَى أَنَّهُ سَبَقَ رُجُوعُهُ التَّصَرُّفُ لِيَنْفَعُ.

وَمِنْهَا: تَصَرَّفُ الْمُوصَى لَهُ بِالْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ هَلْ يَقُومُ مَقَامَ الْقَبُولِ؟ الْأَظْهَرُ قِيَامُهُ مَقَامَهُ لِأَنَّ سَبَبَ الْمَلِكِ قَدْ اسْتَقَرَّ لَهُ وَلَا يُمَكِّنُ إِبْطَالُهُ وَقَدْ كَمَلَ بِالْمَوْتِ عَلَى أَحَدِ الْوُجُوهِ وَهُوَ مَنْصُوصٌ عَنْ أَحْمَدَ وَمِثْلُهُ الْوَقْفُ عَلَى مُعَيَّنٍ إِذَا قِيلَ: بِاشْتِرَاطِ قَبُولِهِ فَأَمَّا الْعُقُودُ الَّتِي تُمْلِكُ لَهُ مُوجِبًا الرَّجُوعَ فِيهَا قَبْلَ الْقَبُولِ، فَهَلْ يَقُومُ التَّصَرُّفُ فِيهَا مَقَامَ الْقَبُولِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ يَلْتَفِتُ إِلَى انْعِقَادِ الْعُقُودِ بِالْمُعَاطَةِ فَأَمَّا الْوَكَالَةُ فَيَصِحُّ قَبُولُهَا بِالْفِعْلِ صَرَحَ بِهِ الْأَصْحَابُ لِأَنَّهَا إِذَنْ مُجَرَّدٌ وَأَمْرٌ بِالتَّصَرُّفِ فَيَصِحُّ امْتِنَالُهُ بِالْفِعْلِ وَهَلْ يُسَاوِيهَا فِي ذَلِكَ سَائِرُ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ كَالشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ وَالْمُسَاقَاةِ؟ ظَاهِرُ كَلَامِ التَّلْخِيصِ أَوْ صَرِيحُهُ الْمُسَاوَاةُ وَحَكَى الْقَاضِي فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ فِي صِحَّةِ قَبُولِ الْقَاضِي الْقَضَاءَ بِشُرُوعِهِ فِي النَّظَرِ احْتِمَالَيْنِ وَجَعَلَ مَأْخَذَهُمَا هَلْ يَجْرِي الْفِعْلُ مَجْرَى التَّنْقِيحِ لِدَلَالَتِهِ عَلَيْهِ وَيَحْسَنُ بِنَاؤُهُمَا عَلَى أَنَّ وَلَايَةَ الْقَضَاءِ عَقْدٌ جَائِزٌ أَوْ لَا زِمَ.

وَمِنْهَا: الْمَطْلَقَةُ الرَّجْعِيَّةُ هَلْ تَحْصُلُ رَجْعَتُهَا بِالْوَطْءِ؟ عَلَى الرَّوَابِيتَيْنِ مَأْخَذَهُمَا عِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ [الْخِلَافُ فِي وَطْئِهَا] هَلْ هُوَ مَبَاحٌ أَوْ مُحَرَّمٌ وَالصَّحِيحُ بِنَاؤُهُ عَلَى اعْتِبَارِ الْإِشْهَادِ لِلرَّجْعِيَّةِ وَعَدَمِهِ وَهُوَ الْبِنَاءُ الْمَنْصُوصُ عَنِ الْإِمَامِ وَلَا عِبْرَةَ بِحِلِّ الْوَطْءِ وَلَا عَدَمِهِ فَلَوْ وَطِئَهَا فِي الْحَيْضِ أَوْ غَيْرِهِ كَانَتْ رَجْعَةً، وَهَلْ يَشْتَرِطُ غَيْرُهُ أَنْ يَنْوِيَ بِالْوَطْءِ الرَّجْعَةَ أَمْ لَا؟ نَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ اعْتِبَارَهُ وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَالْمَذْهَبُ عِنْدَ الْقَاضِي وَمَنْ اتَّبَعَهُ

خِلَافُ ذَلِكَ، وَلَكِنَّ الرَّجْعِيَّةَ لَمْ يَزُلْ النِّكَاحُ عَنْهَا بِالْكَلْبَةِ وَإِنَّمَا حَصَلَ لَهُ تَشَعُّثٌ لَكِنَّ الرَّجْعَةَ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا الْإِسْتِبَاحَةُ حَقِيقَةً فِي الْمُدَّةِ الزَّائِدَةِ عَلَى الْعِدَّةِ.

* * *

القاعدة السادسة والخمسون:

شُرُوطُ الْعُقُودِ مِنْ أَهْلِيَّةِ الْعَاقِدِ أَوْ الْمَعْقُودِ لَهُ أَوْ عَلَيْهِ إِذَا وُجِدَتْ مُقْتَرَنَةً بِهَا وَلَمْ يَتَقَدَّمْ عَلَيْهَا هَلْ يَكْتَفِي بِهَا فِي صِحَّتِهَا أَمْ لَا بَدٌّ مِنْ سَبْقِهَا؟ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ الْاِكْتِفَاءُ بِالْمُقَارَنَةِ فِي الصَّحَّةِ وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ لَا بَدٌّ مِنَ السَّبْقِ وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ حَامِلٍ وَالْقَاضِي فِي الْجُمْلَةِ وَيَخْرُجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلٌ قَدْ ذَكَرْنَا عِدَّةً مِنْهَا فِي الْقَاعِدَةِ السَّابِقَةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَعْتَقَ أَمَتُهُ وَجَعَلَ عِتْقَهَا صَدَاقَهَا فَالْمَنْصُوصُ الصَّحَّةُ اِكْتِفَاءً بِاقْتِرَانِ شُرُوطِ النِّكَاحِ وَهُوَ الْحُرِّيَّةُ بِهِ كَمَا دَلَّتْ عَلَيْهِ السُّنَّةُ الصَّحِيحَةُ وَاخْتَارَ ابْنُ حَامِلٍ وَالْقَاضِي عَدَمَ الصَّحَّةِ فَمِنْهُمْ مَنْ [جَعَلَ] مَأْخَذَهُ اِنْتِفَاءً لَفْظِ النِّكَاحِ الصَّرِيحِ وَهُوَ ابْنُ حَامِلٍ وَمِنْهُمْ مَنْ [جَعَلَ] مَأْخَذَهُ اِنْتِفَاءً تَقَدُّمِ الشَّرْطِ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَهُ شَيْئًا بِشَرْطٍ أَنْ يَرَهْنَهُ عَلَى ثَمَنِهِ صَحٌّ^(١) نَصَّ عَلَيْهِ وَقَالَ الْقَاضِي وَابْنُ حَامِلٍ: لَا يَصِحُّ لَانْتِفَاءِ الْمِلْكِ لِلرَّهْنِ وَلَا تَكْفِي الْمُقَارَنَةُ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَاتَبَ عَبْدُهُ وَبَاعَهُ شَيْئًا صَفَقَةً وَاحِدَةً فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: [أَنَّهُ] يَصِحُّ وَقِيلَ إِنَّهُ الْمَنْصُوصُ وَذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي النِّكَاحِ وَأَبُو الْخَطَّابِ وَالْأَكْثَرُونَ اِكْتِفَاءً بِاقْتِرَانِ الْبَيْعِ وَشَرْطِهِ وَهُوَ كَوْنُ الْمُشْتَرِي مُكَاتَبًا يَصِحُّ مُعَامَلَتُهُ لِلْسَّيِّدِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: لَا يَصِحُّ قَالَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْبَيْعِ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَمْ تَسْبِقْ عَقْدَ الْبَيْعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ ادَّعَى أَنَّهُ وَكِيلٌ لِزَيْدٍ وَأَنَّ لَزَيْدٍ عَلَى فُلَانٍ أَلْفًا وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ بِالْوَكَاةِ وَالِدَيْنِ فِي حَالِهِ وَاحِدَةً فَهَلْ يَقْبَلُ وَيُدْفَعُ إِلَيْهِ الْمَالُ أَمْ لَا بَدٌّ مِنْ تَقَدُّمِ ثُبُوتِ الْوَكَاةِ عَلَى ثُبُوتِ الدَّيْنِ، قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ، وَالْأَشْبَهُ اِعْتِبَارُ تَقَدُّمِ الْوَكَاةِ لِأَنَّهُ مَا لَمْ تُثْبِتْ وَكَالَتُهُ لَا يَجِبُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ وَاسْتَشْهَدَ لِلْقَبُولِ بِمَا لَوْ شَهِدَ أَنَّهُ ابْتِاعَ مِنْ فُلَانٍ دَارًا وَهُوَ مَالِكٌ لَهَا بِأَنَّهُ يَصِحُّ شَهَادَتُهُمَا بِالْبَيْعِ وَالْمِلْكِ فِي حَالِهِ وَاحِدَةً.

(١) لأن هذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد فإذا كان مقترناً بالعقد صح العقد.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: إِذَا تَزَوَّجْتُ فَلَانَةَ فَقَدْ وَكَّلْتُكَ فِي طَلَقِهَا فَنِي التَّلْخِصِ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ صِحَّتُهُ، وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ لاقْتِرَانِ الْوَكَّالَةِ وَشَرْطِهَا إِذْ شَرْطُهَا أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ مَالِكًا لِمَا وَكَّلَ فِيهِ وَمِلْكُ الطَّلَاقِ يَتَرْتَّبُ عَلَى ثُبُوتِ النِّكَاحِ فَيُقَارَنُ الْوَكَّالَةُ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَجِدَتْ الْكَفَاءَةُ فِي النِّكَاحِ حَالَ الْعَقْدِ بِأَنْ يَقُولَ سَيِّدُ الْعَبْدِ بَعْدَ إِجْبَابِ النِّكَاحِ: قَبِلْتُ لَهُ هَذَا النِّكَاحَ وَأَعْتَقْتُهُ، فَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: قِيَاسُ الْمَذْهَبِ صِحَّتُهُ قَالَ: وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ يَمْنَعُهَا فَمَا أَقْتِرَانُ الْحُكْمِ مَعَ شَرْطِهِ فِي غَيْرِ عَقْدٍ هَلْ يَثْبُتُ بِهِ الْحُكْمُ أَمْ لَا؟ يَتَخَرَّجُ عَلَيْهِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: صِحَّةُ الْوَصِيَّةِ لِمَنْ ثَبَّتُ أَهْلِيَّةُ مِلْكِهِ بِالْمَوْتِ كَأَمِ الْوَلَدُ وَمُدْبِرُهُ فَإِنَّ السَّبَبَ الْمُسْتَحَقَّ بِهِ هُوَ الْإِصْيَاءُ وَشَرْطُ الْاسْتِحْقَاقِ هُوَ الْمَوْتُ وَعَلَيْهِ يَتَرْتَّبُ الْاسْتِحْقَاقُ، وَقَدْ أَقْتَرَنَ بِهِ وَجُودُ أَهْلِيَّةِ الْمُسْتَحَقِّ فَيَكْفِي فِي ثُبُوتِ الْمِلْكِ، هَذَا إِذَا قُلْنَا: إِنَّ الْوَصِيَّةَ تُمْلِكُ بِالْمَوْتِ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ، وَإِنْ قُلْنَا: تَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَبُولِ وَهُوَ الْمَشْهُورُ فَإِنَّ الْقَبُولَ يَتَأَخَّرُ عَنْ أَهْلِيَّةِ الْاسْتِحْقَاقِ فَيَصِحُّ الْقَبُولُ حَيْثُ لَا يَضُرُّ فَوَاتُ أَهْلِيَّتِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ فَإِنَّهُ لَوْ قَالَ: اعْتَقُوا [عَنِّي] عَبْدِي وَأَعْطُوهُ كَذَا لَصَحَّتْ هَذِهِ الْوَصِيَّةُ وَمِنْهَا إِذَا وَجِدَتْ الْحُرِّيَّةُ عَقِيبَ مَوْتِ الْمُورِثِ أَوْ مَعَهُ كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِي: إِنْ مَاتَ أَبُوكَ فَأَنْتَ حُرٌّ، وَكَانَ أَبُوهُ حُرًّا فَمَاتَ أَوْ دَبَّرَ ابْنُ عَمِّهِ، ثُمَّ مَاتَ فَإِنَّهُ لَا يَرُثُهُ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَصَاحِبُ الْمُعْنِيِّ، وَعَلَّلَهُ بِأَنَّ الْمَنَاعَ لَا يُؤَثِّرُ زَوَالَهُ حَالَ الْاسْتِحْقَاقِ كَمَا لَا يُؤَثِّرُ وَجُودُهُ عِنْدَنَا فِي إِسْلَامِ الطِّفْلِ بِمَوْتِ أَبِيهِ، قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: يَنْبَغِي أَنْ يُخْرَجَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا حَدَّثَتِ الْأَهْلِيَّةُ مَعَ الْحُكْمِ هَلْ يَكْتَفَى بِهَا أَمْ يُشْتَرَطُ تَقَدُّمُهَا، فَإِنْ قُلْنَا: تَكْفِي الْمُقَارَنَةُ وَرِثَ لِأَنَّهُ صَارَ حُرًّا وَمَالِكًا فِي حَالَةِ الرِّسْتَفْعِي انْتَهَى.

وَلَا يُقَالُ: هَذَا يَقْتَضِي اقْتِرَانَ الْعِلَّةِ وَمَعْلُولِهَا وَهُوَ عِنْدَكُمْ بَاطِلٌ لِأَنَّا نَقُولُ: عِلَّةُ الْإِرْثِ وَسَبَبُهُ هُوَ النَّسَبُ وَهُوَ سَابِقٌ عَلَى الْمَوْتِ وَلَكِنَّا الْحُرِّيَّةُ شَرْطُهَا.

وَمِنْهَا: عِدَّةُ أُمِّ الْوَلَدِ إِذَا تَوَفَّى سَيِّدُهَا، هَلْ هِيَ عِدَّةُ حُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ وَأَكْثَرُ الرِّوَايَاتِ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهَا تَعْتَدُّ عِدَّةَ أَمَةٍ، وَقَالَ: لَوْ اعْتَدَّتْ عِدَّةُ حُرَّةٍ لَوَرِثَتْ ثُمَّ تَوَقَّفَ فِي ذَلِكَ، وَقَالَ: دَخَلَنِي مِنْهُ شَيْءٌ. وَقَالَ مَرَّةً: تَعْتَدُّ عِدَّةَ حُرَّةٍ اكْتِفَاءً بِالْحُرِّيَّةِ الْمُقَارَنَةِ لَوُجُوبِ الْعِدَّةِ وَلِزُومِ مُقَارَنَةِ الْعِلَّةِ لِلْمَعْلُولِ هُنَا أَظْهَرَ وَلَا يَلْزَمُ لِأَنَّ سَبَبَ الْعِدَّةِ الْاسْتِفْرَاشُ السَّابِقُ وَالْمَوْتُ شَرْطُهَا وَالْحُرِّيَّةُ شَرْطُهَا لِلْعِدَّةِ بِالْأَشْهَرِ، وَمِنْ هَاهُنَا لَمْ يَلْزَمْ طَرَحًا لِأَنَّ سَبَبَهُ مُتَّفَعٌ بِالْكُلِّيَّةِ وَهُوَ النِّكَاحُ وَالنَّسَبُ وَالْوَلَاءُ.

القاعدة السابعة والخمسون:

إِذَا تَقَارَنَ الْحُكْمُ وَوُجُودُ الْمَنْعِ مِنْهُ، فَهَلْ يَثْبُتُ الْحُكْمُ أَمْ لَا؟ الْمَذْهَبُ الْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ. وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ: يَثْبُتُ وَإِنْ تَقَارَنَ الْحُكْمُ بِالذِّي الْمَانِعِ مِنْهُ فَهَلْ يَثْبُتُ الْحُكْمُ مَعَهُ فِيهِ وَجْهَانِ، وَاخْتَارَ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ وَصَاحِبُ الْمُغْنِيِّ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ وَاخْتَارَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَفِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ أَنَّهُ يَثْبُتُ وَكَذَلِكَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي عُمْدِ الْأَدِلَّةِ وَأَبُو الْخَطَّابِ فَأَمَّا اقْتِرَانُ الْحُكْمِ وَالْمَنْعِ مِنْهُ فَيَنْدَرِجُ تَحْتَهُ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ قَالَ الزَّوْجُ لَامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ انْقِضَاءِ عِدَّتِكَ، أَوْ قَالَ: كُلَّمَا وَلَدْتَ وَلَدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدْتَ وَلَكَيْنِ مُتَعَاقِبَيْنِ، فَإِنَّهَا تَطْلُقُ بِالْأَوَّلِ وَتَنْقُضِي الْعِدَّةَ بِالثَّانِي، وَلَا تَطْلُقُ بِهِ كَمَا لَا تَطْلُقُ فِي قَوْلِهِ مَعَ انْقِضَاءِ عِدَّتِكَ، هَذَا الْمَذْهَبُ الْمَشْهُورُ وَعَلَيْهِ أَبُو بَكْرٍ وَأَبُو حَفْصٍ وَالْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ وَالْخِلَافُ فِيهِ مَعَ ابْنِ حَامِدٍ وَحَدُّهُ، وَفِي الْفُصُولِ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ مَأْخِذَ ابْنِ حَامِدٍ فِي مَسْأَلَةِ الْوِلَادَةِ الْقَوْلَ بِتَقَارُنِ الْعِلَّةِ وَمَعْلُولِهَا فَيَقَعُ الطَّلَاقُ فِي حَالِ الْوِلَادَةِ قَبْلَ الْبَيِّنَةِ وَلَا يَصِحُّ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ مَعْلُولَةٌ لِلْوِلَادَةِ فَلَوْ اقْتَرَنَتِ الْعِلَّةُ وَمَعْلُولُهَا لَبَاتَتْ مَعَ الْوِلَادَةِ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ بَعْدَ مَوْتِي لَمْ تَطْلُقِي^(١) بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ^(٢)، وَلَوْ قَالَ: مَعَ مَوْتِي أَوْ مَوْتِكَ لَمْ تَطْلُقِي نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةٍ مُهَنَّا لِأَنَّ الْمَوْتَ سَبَبُ الْبَيِّنَةِ فَلَا يُجَامِعُهَا الطَّلَاقُ وَيَلْزَمُ عَلَى قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ الْوُقُوعُ هَاهُنَا لِأَنَّهُ إِذَا وَقَعَ الطَّلَاقُ مَعَ الْحُكْمِ بِالْبَيِّنَةِ فَيُقَاعَهُ مَعَ سَبَبِ الْحُكْمِ أَوَّلَى وَيَلْزَمُ مِثْلُ ذَلِكَ الْقَاضِي وَمَنْ تَابَعَهُ عَلَى الْوُقُوعِ مَعَ سَبَبِ الْانْفِسَاخِ لِتَأَخُّرِ الْانْفِسَاخِ عَنْهُ وَلَمْ يَلْتَزِمُوا ذَلِكَ، وَادَّعَوْا هَاهُنَا الْمُقَارَنَةَ دُونَ السَّبْقِ وَلَا يَصِحُّ وَلَعَلَّ الْمَانِعَ مِنْ إيقَاعِ الطَّلَاقِ مَعَ الْمَوْتِ هُوَ عَدَمُ الْفَائِدَةِ فِيهِ بِخِلَافِ إيقَاعِهِ مَعَ الْبَيِّنَةِ فِي الْحَيَاةِ فَإِنَّهُ يُقِيدُ التَّحْرِيمَ أَوْ نَقْصَ الْعِدَّةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ زَوْجُ الْأَمَةِ لَهَا إِنْ مَلَكَتْكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ مَلَكَهَا لَمْ تَطْلُقِي، قَالَ الْأَصْحَابُ: وَجْهًا وَاحِدًا، وَلَا يَصِحُّ لِأَنَّ ابْنَ حَامِدٍ يُلْزِمُهُ الْقَوْلَ هَاهُنَا الْقَوْلَ بِالْوُقُوعِ لِاقْتِرَانِهِ بِالْانْفِسَاخِ. وَمِنْهَا: لَوْ أُعْتِقَ الزَّوْجَانِ مَعًا وَقُلْنَا: لَا خِيَارَ لِلْمُعْتَقَةِ تَحْتَ الْحَرِّ فَهَلْ يَثْبُتُ لَهَا الْخِيَارُ

(١) وكان الطلاق باطلاً لأن الطلاق لا يمكن اعتبار الأحوال فيه بعد موته لأنه لا يتجزأ فلو ثبت نصفه ثبت كله. النكت (٦٥/١).

(٢) أما لو قال أنت طالق قبل موتي بأربعة أشهر وعشرة أيام ثم مات بعد تلك المدة، تبين وقوعه ولا عدة عليها ولا إرث لها، كما لا حداد عليها. حاشية البيجرمي (٨٤/٤).

هَهْنَاهَا؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ مَنْصُوصَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ وَقَدْ اقْتَرَنَ هُنَا الْمُقْتَضَى وَهُوَ حُرِّيَّتُهَا وَالْمَانِعُ وَهُوَ حُرِّيَّتُهُ فَحَصَلَ الْحُكْمُ بِثُبُوتِ الْخِيَارِ مَعَ الْمَنْعِ مِنْهُ فَإِنْ قِيلَ يَشْكُلُ عَلَى مَا ذَكَرْتُمُوهُ مَسْأَلَتَانِ مَنْصُوصَتَانِ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ:

أَحَدَاهُمَا: إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ: إِنْ بَعَثْتُكَ فَأَنْتَ حُرٌّ، ثُمَّ بَاعَهُ، فَإِنَّهُ يَعْتِقُ عَلَى الْبَائِعِ مِنْ مَالِهِ نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ جَمَاعَةٍ وَلَمْ يُنْقَلْ عَنْهُ فِي ذَلِكَ خِلَافٌ فَقَدْ حَكَمَ بِوُقُوعِ الْعِتْقِ مَعَ وُجُودِ الْمَانِعِ مِنْهُ وَهُوَ انْتِقَالُ الْمَلِكِ وَهَذَا يَلْزَمُ مِنْهُ صِحَّةُ قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ وَطَرْدُهُ فِي إِبْطَاتِ الْأَحْكَامِ مَعَ مُقَارَنَةِ الْمَنْعِ مِنْهَا، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لِغَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا: إِنْ طَلَّقْتُكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ، ثُمَّ يُطَلِّقُهَا فَيَنْبَغِي أَنْ تَطْلُقَ طَلِّقَتَيْنِ، وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ: إِنْ فَسَخْتُ نِكَاحَكَ لِعَيْبٍ أَوْ نَحْوِهِ فَأَنْتَ طَالِقٌ، وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ: إِنْ خَالَعْتُكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ.

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ: إِذَا مَاتَ الذَّمِيُّ وَلَهُ أَطْفَالٌ صِغَارٌ حَكِمَ بِإِسْلَامِ الْوَلَدِ وَوَرِثَ مِنْهُ نَصٌّ عَلَيْهِ وَلَمْ يَثْبُتْ عَنْهُ خِلَافٌ ذَلِكَ حَتَّى أَنْ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ أَنْكَرَ الْقَوْلَ بِعَدَمِ تَوْرِيثِهِ وَقَالَ: هُوَ خِلَافُ الْإِجْمَاعِ وَيَلْزَمُ مِنْ تَوْرِيثِهِ إِبْطَاتُ الْحُكْمِ الْمُقْتَرِنِ بِمَانِعِهِ، وَهَذَا لَا مَحِيدَ عَنْهُ. وَالْجَوَابُ أَمَّا عَلَى قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ فَهَذَا مُتَّجِهٌ لَا بُدَّ فِيهِ وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ: بَارَكْتَ الْأَصْحَابِ فَقَدْ اخْتَلَفُوا فِي تَخْرِيجِ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ فِي مَسْأَلَةِ الْعِتْقِ عَلَى طَرُقٍ: أَحَدُهَا: أَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى قَوْلِهِ بِأَنَّ الْمَلِكَ لَمْ يُنْقَلْ عَنِ الْبَائِعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، فَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِ بِالْإِنْتِقَالِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ فَلَا يَعْتِقُ وَهَذِهِ طَرِيقَةُ أَبِي الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ وَفِيهَا ضَعْفٌ فَإِنَّ نَصُوصَ أَحْمَدَ بِالْعِتْقِ هُنَا مُتَكَثِرَةٌ وَرَوَايَةُ بَقَاءِ الْمَلِكِ لِلْبَائِعِ آخٍ لَمْ تَكُنْ صَرِيحَةً عَنْ أَحْمَدَ بَلْ مُسْتَنْبَطَةٌ مِنْ كَلَامِهِ وَإِنَّمَا الْمَنْقُولُ الصَّرِيحُ عَنْهُ انْتِقَالُ الْمَلِكِ.

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي: أَنَّ عِتْقَهُ عَلَى الْبَائِعِ لِثُبُوتِ الْخِيَارِ لَهُ فَلَمْ تَنْقَطِعْ عِلْقَتُهُ عَنِ الْمَيْعِ بَعْدَ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي وَأَبْنِ عَقِيلٍ وَأَبِي الْخَطَّابِ وَأُورِدَ عَلَيْهِمْ أَنَّ تَصَرُّفَ الْبَائِعِ بِالْعِتْقِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ لَا يَنْفَعُ عَلَى الْمَنْصُوصِ فَأَجَابُوا بِأَنَّ هَذَا الْعِتْقُ أَنْشَأَهُ فِي مِلْكِهِ فَلِذَلِكَ نَفَذَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِهِ فَإِنَّ أَحْمَدَ قَالَ: يَنْفُذُ الْوَصِيَّةُ بَعْدَ الْمَوْتِ. وَقَالَ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَاهَانَ: يَعْتِقُ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ قِيلَ: لِأَنَّهُ خَلَفَ عَنْ مَلِكٍ قَالَ: نَعَمْ.

وَالطَّرِيقُ الثَّالِثُ: أَنَّهُ يَعْتِقُ عَلَى الْبَائِعِ عَقِيبَ إِجْبَائِهِ وَقَبْلَ قَبُولِ الْمُشْتَرِي وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَالسَّامِرِيِّ وَصَاحِبِي الْمُغْنِيِّ وَالتَّلْخِصِ لِأَنَّهُ إِثْمًا عِلْقَتُهُ عَلَى يَبِعِهِ وَيَبِعُهُ الصَّادِرُ عَنْهُ هُوَ الْإِجْبَابُ فَقَطْ، وَلِهَذَا يُسَمَّى بَائِعًا وَالْقَابِلُ مُشْتَرِيًا، وَيُقَالُ: بَاعَ هَذَا وَاشْتَرَى هَذَا، وَإِنْ

كَانَ الْعَقْدُ لَا يَنْعَقِدُ بِقَبُولِ الْمُشْتَرِي لَكِنَّ الْقَبُولَ شَرْطٌ مَحْضٌ لَانْعِقَادِ الْبَيْعِ وَلَيْسَ هُوَ مِنْ مَاهِيَّتِهِ فَإِذَا وَجِدَ الْقَبُولُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ عِنَقَ الْبَائِعُ قَبْلَهُ فِي مِلْكِهِ قَبْلَ الْإِنْتِقَالِ وَفِي هَذِهِ [الطَّرِيقَةِ] أَيْضًا نَظَرٌ فَإِنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَى نُفُوذِهِ بَعْدَ زَوَالِ الْمِلْكِ، وَلَآنَ الْبَيْعَ الْمَطْلُوقَ إِنَّمَا يَتَنَاولُ الْمُنْعَقِدُ لَا صُورَةَ الْبَيْعِ الْمُجَرَّدَةِ وَالطَّرِيقُ الرَّابِعُ أَنَّهُ يَعْتَقُ عَلَى الْبَائِعِ فِي حَالَةِ إِنْتِقَالِ الْمِلْكِ إِلَى الْمُشْتَرِي حَيْثُ يَتَرَتَّبُ عَلَى الْإِيجَابِ الْقَبُولُ وَانْتِقَالُ الْمِلْكِ وَثُبُوتُ الْعِنَقِ فَيَتَدَاوَعَانِ وَيَنْفَعُ الْعِنَقُ لِقُوَّتِهِ وَسِرَائِنِهِ دُونَ انْتِقَالِ الْمِلْكِ وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي الْخَطَّابِ فِي رُءُوسِ الْمَسَائِلِ وَيَشْهَدُ لَهَا تَشْبِيهُ أَحْمَدَ بِالْمُدَبِّرِ وَالْوَصِيَّةِ وَلَا يُقَالُ فِي الْمُدَبِّرِ وَالْوَصِيَّةِ لَا يَتَقَلُّ إِلَى [مَالٍ] الْوَرِثَةِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ غَيْرِهِمْ بِهَا لِأَنَّهَا تَمْنَعُ ذَلِكَ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ وَنَقُولُ: بَلْ يَتَقَلُّ إِلَيْهِمُ الْمَالُ الْمُوصَى بِهِ وَهُوَ ظَاهِرٌ تَعْلِيلُ أَحْمَدَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَإِنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِ: وَقَدْ قِيلَ لَهُ كَيْفَ يَعْتَقُ عَلَى الْبَائِعِ، وَإِنَّمَا وَجِبَ الْعِنَقُ بَعْدَ الْبَيْعِ؟ فَقَالَ: لَوْ وَصَّى لَهُ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَمَاتَ يُعْطَاهَا وَإِنْ كَانَتْ وَجِبَ لَهُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَلَا مِلْكَ فَهَذَا مِثْلُهُ، وَنَقَلَ عَنْهُ صَالِحٌ نَحْوَ هَذَا الْمَعْنَى أَيْضًا وَعَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ فَيَنْفَعُ الْعِنَقُ مَعَ قِيَامِ الْمَانِعِ لَهُ لِقُوَّتِهِ وَسِرَائِنِهِ وَلَا يَلْزَمُ مِثْلُ ذَلِكَ فِي غَيْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ.

وَالطَّرِيقُ الْخَامِسُ: أَنَّ يَعْتَقَ بَعْدَ انْعِقَادِ الْبَيْعِ وَصَحَّتْهُ وَانْتَقَالَ الْمِلْكُ الْمَبِيعُ إِلَى الْمُشْتَرِي ثُمَّ يَنْفَسَخُ الْبَيْعُ بِالْعِنَقِ عَلَى الْبَائِعِ وَصَرَّحَ بِذَلِكَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي عُمْدَةِ وَصَاحِبِ الْمُحَرَّرِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ وَتَشْبِيهُهُ بِالْوَصِيَّةِ وَوَجْهٌ ذَلِكَ أَنَّ الْعِنَاقَ لِقُوَّتِهِ وَنُفُوذِهِ وَسِرَائِنِهِ إِلَى مِلْكِ الْغَيْرِ يَنْفَعُ، وَإِنْ وَجِدَ أَحَدُ طَرَفَيْهِ فِي مِلْكٍ وَالْآخَرُ فِي غَيْرِ مِلْكٍ فَإِذَا عَقَدَهُ فِي غَيْرِ مِلْكٍ مُضَافًا إِلَى وَجُودِ الْمِلْكِ صَحَّ الْمِلْكُ وَنَفَذَ فِي الْمَذْهَبِ الصَّحِيحِ الْمَشْهُورِ فَكَذَا إِذَا عَقَدَهُ فِي مِلْكٍ عَلَى نُفُوذِهِ فِي غَيْرِ الْمِلْكِ فَإِنَّهُ يَنْفَعُ وَلِهَذَا نَقُولُ عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ لَوْ قَالَ: مَمْلُوكِي فُلَانٌ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِسَنَةِ يَعْتَقُ كَمَا قَالَ: وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِهِ وَانْتِقَالِهِ عَنْهُ، وَلَا يُقَالُ: لَا يَتَقَلُّ مِلْكُهُ مَعَ قِيَامِ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّ ذَلِكَ مَمْنُوعٌ عَلَى ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ كَمَا تَقَدَّمَ وَلَا يَلْزَمُ مِثْلُ هَذَا فِي غَيْرِ الْعِنَقِ مِنَ الْعُقُودِ لِأَنَّهَا لَا تَسْرِي إِلَى مِلْكِ الْغَيْرِ وَلَا عَهْدَ نُفُوذِهَا فِي غَيْرِ مِلْكٍ بِحَالٍ، وَخَرَجَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي تَعْلِيلِهِ عَلَى الْهَدَايَةِ وَجْهًا فِيمَا إِذَا عُلِقَ طَلَاقُهَا عَلَى خُلْعِهَا فَخَالَعَهَا أَنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ الْمُعْلَقُ كَمَا يَقَعُ الْعِنَقُ بَعْدَ الْبَيْعِ اللَّازِمِ، فَإِنْ كَانَ مُرَادُهُ أَنَّهُ يَقَعُ مَعَ الْخُلْعِ فَهِيَ مَسْأَلَةُ ابْنِ حَامِدٍ فِي الْوُقُوعِ مَعَ الْبَيْنُونَةِ وَإِنْ أَرَادَ بَعْدَهُ فَمُشْكِلٌ، فَإِنَّ الطَّلَاقَ لَمْ يُعْهَدْ عِنْدَنَا وَقُوعُهُ فِي غَيْرِ مِلْكٍ وَسَلَكَ

الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ طَرِيقَةً أُخْرَى فَقَالَ: إِنْ كَانَ الْمُعْلَقُ لِلْعَتِقِ قَصْدُهُ الْيَمِينَ دُونَ التَّبَرُّرِ بِعَتَقِهِ أَجْزَأَهُ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ لِأَنَّهُ إِذَا بَاعَهُ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ فَبَقِيَ كَنَذَرِهِ أَنْ يُعْتَقَ عَبْدٌ غَيْرُهُ فَيُجْزَأُ الْكَفَّارَةُ وَإِنْ قَصَدَ بِهِ التَّقَرُّبَ صَارَ عَتَقُهُ مُسْتَحَقًّا كَالنَّذْرِ [فَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ وَيَكُونُ الْعَتَقُ مُعْلَقًا عَلَى صُورَةِ الْبَيْعِ كَمَا] لَوْ قَالَ: لِمَا لَا يَحِلُّ بَيْعُهُ إِذَا بَعْتَهُ فَعَلَيْ عَتَقِي رَقَبَةٍ أَوْ قَالَ لَأُمٍّ وَلَدِهِ: إِنْ بَعْتَكِ فَأَنْتِ حُرَّةٌ وَطَرَدَ قَوْلُهُ هَذَا فِي تَعْلِيلِ الطَّلَاقِ عَلَى الْفَسْخِ وَالْخُلْعِ فَجَعَلَهُ مُعْلَقًا عَلَى صُورَةِ الْفَسْخِ وَالْخُلْعِ، قَالَ: وَلَوْ قِيلَ: بِإِنْعِقَادِ الْفَسْخِ وَالْخُلْعِ الْمُعْلَقُ عَلَيْهِ فَلَا يُمْنَعُ وَفُوعُ الطَّلَاقِ مَعَهُ عَلَى رَأْيِ ابْنِ حَامِلٍ حَيْثُ أَوْفَعَهُ مَعَ الْبَيِّنُونَةِ بِإِنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فَكَذَا بِالْفَسْخِ [وَأَلَّلَهُ أَعْلَمُ].

وَأَمَّا مَسْأَلَةُ الْمِيرَاثِ فَلَا رَيْبَ أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَى تَوْرِيثِ الطِّفْلِ مِنْ أَبِيهِ الْكَافِرِ وَالْحَكْمُ بِإِسْلَامِهِ بِمَوْتِهِ وَخَرَجَهُ مِنْ خُرْجِهِ مِنَ الْأَصْحَابِ كَصَاحِبِ الْمُغْنِيِّ عَلَى أَنَّ الْمَانِعَ لَمْ يَتَقَدَّمِ الْحُكْمُ بِالْإِرْثِ وَإِنَّمَا قَارَنَهُ وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى ثُبُوتِ الْحُكْمِ مَعَ مُقَارَنَةِ الْمَانِعِ [لَهُ] لِأَنَّ الْإِسْلَامَ سَبَبُ الْمَنْعِ، وَالْمَنْعُ يَتَرَكَّبُ عَلَيْهِ وَالْحُكْمُ بِالتَّوْرِيثِ سَابِقٌ عَلَى الْمَنْعِ لِاقْتِرَانِهِ بِسَبَبِهِ. وَأَمَّا اقْتِرَانُ الْحُكْمِ وَالْمَانِعِ فَلَهُ صُورَةٌ:

مِنْهَا: تَوْرِيثُ الطِّفْلِ الْمَحْكُومِ بِإِسْلَامِهِ بِمَوْتِ أَحَدِ آبَائِهِ الْكَافِرَيْنِ مِنْهُ وَقَدْ ذُكِرَتْ. وَمِنْهَا: إِذَا قُتِلَتْ أُمُّ الْوَلَدِ سَيِّدَهَا فَإِنَّهُ يَلْزَمُهَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَتِهَا أَوْ الدِّيَّةِ نَصٌّ عَلَيْهِ. قَالَ الْأَصْحَابُ: سَوَاءٌ قُلْنَا: إِنَّ الدِّيَّةَ تَحْدُثُ عَلَى مِلْكِ الْوَرِثَةِ ابْتِدَاءً أَوْ عَلَى مِلْكِ الْمُوَرِّثِ أَوَّلًا، لِأَنَّا إِنْ قُلْنَا: تَحْدُثُ عَلَى مِلْكِ الْوَرِثَةِ فَقَدْ اقْتَرَنَ الضَّمَانُ بِالْحُرِّيَّةِ وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ هُنَا بِالدِّيَّةِ مُطْلَقًا اكْتِفَاءً بِمُقَارَنَةِ الشَّرْطِ لِلْحُكْمِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ الْاعْتِبَارَ هُنَا فِي الضَّمَانِ بِحَالَةِ الْجَنَابَةِ وَهِيَ حَيْثُ تَنْدُرُ رَقِيقَةً فَلَا يَلْزَمُهَا أَكْثَرُ مِنْ ضَمَانِ جَنَابَةِ الرِّقِيقِ وَلَا يُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ مُقَارَنَةُ الْحُرِّيَّةِ بِحَالَةِ وَجُوبِ الضَّمَانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمَانِعَ إِذَا اقْتَرَنَ بِالْحُكْمِ لَمْ يَمْنَعَهُ وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الدِّيَّةَ تَحْدُثُ عَلَى مِلْكِ الْمَقْتُولِ أَوَّلًا فَقَدْ وَجَبَ لَهُ ذَلِكَ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ حَيَاتِهِ، وَهِيَ إِذْ ذَاكَ رَقِيقَةٌ فَسَبَقَ وَقْتُ وَجُوبِ الضَّمَانِ وَقْتُ الْحُرِّيَّةِ، وَإِنَّمَا وَجَبَ الضَّمَانُ هُنَا لِلْسَيِّدِ وَإِنْ كَانَ السَيِّدُ لَا يَجِبُ لَهُ الضَّمَانُ عَلَى رَقِيقِهِ لِعَلَّاقِ حَقِّ الْوَرِثَةِ بِمَالِهِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ فَصَارَ كَالْوَاجِبِ لَهَا ابْتِدَاءً، وَلِهَذَا كَانُوا هُمُ الْمُطَالِبُونَ بِهِ وَأَلَّلَهُ أَعْلَمُ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَزَوَّجَ الْعَادِمُ لِلطُّوْلِ الْخَائِفِ لِلْعَنْتِ فِي عَقْدِ حُرَّةٍ وَأَمَةٍ فَهَلْ يَصِحُّ نِكَاحُ الْأَمَةِ مَعَ الْحُرَّةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ الْمُتَزَوِّجُ بِأَمَةِ أَبِيهِ: إِذَا مَاتَ أَبِي فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ فَهَلْ يَقَعُ الطَّلَاقُ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يَقَعُ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ وَالْخِلَافِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي الْعُمْدِ وَاخْتِيَارُ أَبِي الْخَطَّابِ لِأَنَّ الْمَوْتَ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ [وُقُوعُ] الطَّلَاقِ وَالْمِلْكِ [وَالْمِلْكُ] سَبَبُ انْفِسَاخِ النِّكَاحِ فَقَدْ سَبَقَ نَقْوُ الطَّلَاقِ وَقُوعُ الْفَسْخِ فَتَنْفَذُ.

وَالثَّانِي: لَا يَقَعُ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ لِأَنَّ الطَّلَاقَ قَارَنَ الْمَانِعِ وَهُوَ الْمِلْكُ فَلَمْ يَنْفَذُ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَزَوَّجَ أَمَةٌ ثُمَّ قَالَ لَهَا إِنْ اشْتَرَيْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَفِيهِ الْوَجْهَانِ إِنْ قُلْنَا: يَتَّقِلُ الْمِلْكُ مَعَ الْخِيَارِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَتَّقِلُ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَجْهًا وَاحِدًا كَذَا ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَفِي خِلَافِ الْقَاضِي إِذَا حَلَفَ لَا يَبِيعُ فَبَاعَ بِشَرْطِ [الْخِيَارِ] هَلْ يَحْنُثُ أَنَّ ذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى تَقَلُّبِ الْمِلْكِ وَعَدَمِهِ فَيُقَاسُ قَوْلُهُ إِنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ هُنَا فِي مَدَّةِ الْخِيَارِ إِذَا قُلْنَا: لَا يَتَّقِلُ الْمِلْكُ فِيهَا وَاتَّكَرَ ذَلِكَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ وَقَالَ: يَحْنُثُ بِكُلِّ حَالٍ لِأَنَّ الْبَيْعَ قَدْ وَجَدَ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ الَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا: إِنْ كَلَّمْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ أَعَادَهُ، فَإِنَّهَا تَطْلُقُ بِالْإِعَادَةِ لِأَنَّهُ كَلَامٌ فِي الْمَشْهُورِ عِنْدَ الْأَصْحَابِ. وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: فِي عُمْدِ الْأَدِلَّةِ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ بِهَذَا الْكَلَامِ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِ الْيَمِينِ الْأُولَى وَمَوْكُذٌ لَهَا، وَلَكِنَّمَا الْمَقْصُودُ أَذَاهَا وَهَجْرُهَا وَإِضْرَارُهَا بِتَرْكِ كَلَامِهَا وَلَيْسَ فِي هَذِهِ الْإِعَادَةِ مَا يُنَافِي ذَلِكَ فَلَا يَحْنُثُ بِهِ وَهَذَا أَقْوَى وَالتَّقْرِيعُ عَلَى الْمَشْهُورِ فَإِذَا وَقَعَ الطَّلَاقُ بِالْإِعَادَةِ ثَانِيًا فَهَلْ يَنْعَقِدُ بِهِ يَمِينٌ ثَانِيَةٌ أَمْ لَا؟ فِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَنْعَقِدُ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ وَالْخِلَافِ وَمَنْ اتَّبَعَهُ كَالْقَاضِي يَعْقُوبَ وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ صَاحِبِ الْمُعْنِيِّ وَلَهُ مَاخِذَانِ:

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ مَاخِذُ الْقَاضِي وَمَنْ اتَّبَعَهُ أَنَّ الْكَلَامَ يَحْصُلُ بِالشَّرْوعِ فِي الْإِعَادَةِ قَبْلَ إِتْمَامِهَا فَيَقَعُ الطَّلَاقُ قَبْلَ إِتْمَامِ الْإِعَادَةِ فَلَا يَنْعَقِدُ لِأَنَّ تَمَامَ الْيَمِينِ حَصَلَ بَعْدَ الْيَمِينَةِ. وَالثَّانِي: وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُعْنِيِّ فِي نَظِيرِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الطَّلَاقَ وَإِنْ وَقَفَ وَقُوعُهُ إِلَى مَا بَعْدَ إِنْهَاءِ الْإِعَادَةِ إِلَّا أَنَّ الْإِعَادَةَ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا الْيَمِينَةُ فَيَقَعُ انْعِقَادُ الْيَمِينِ مَعَ الْيَمِينَةِ فَيَخْرُجُ عَلَى الْخِلَافِ فِي ثُبُوتِ الْحُكْمِ مَعَ الْمَانِعِ أَوْ مَعَ سَبَبِهِ وَأَلْصَحُّ عِنْدَهُ عَدَمُهُ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: تَنْعَقِدُ الْيَمِينُ وَهُوَ اخْتِيَارُ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ يَقِفُ

وَقُوْعُهُ عَلَى تَمَامِ الإِعَادَةِ لِأَنَّ الْكَلَامَ الْمُطْلَقَ إِنَّمَا يَنْصَرِفُ إِلَى الْمُقَيَّدِ وَلَا تَحْصُلُ الإِفَادَةُ بِدُونِ ذِكْرِ جُمْلَةِ الشَّرْطِ وَالْجَزَاءِ فَيَقِفُ الطَّلَاقُ عَلَيْهِمَا وَيَقَعُ عَقِيْبُهُمَا لِأَنَّهُمَا شَرَطُ لَوْقُوْعِهِ وَأَمَّا الْيَمِينُ فَوُجِدَتْ مَعَ شَرْطِ الطَّلَاقِ فَسَبَقَتْ وَقُوْعُهُ. يُوْضِحُهُ أَنَّ الْيَمِينَ هِيَ اللَّفْظُ الْمَجْرَدُ وَهُوَ الْمُعْلَقُ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ فَإِذَا قَالَ إِنْ كَلَمْتُكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ فَهُوَ فِي مَعْنَى قَوْلِهِ إِنْ حَلَفْتُ يَمِينًا بِطَلَاْقِكَ عَلَى كَلَامِكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ فَتَيَسَّرَ أَنَّ وُجُودَ الْيَمِينِ سَابِقَةٌ لَوْقُوْعِ الطَّلَاقِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ لَامْرَأَتِي وَإِحْدَاهُمَا غَيْرُ مَدْخُولٍ بِهَا: إِنْ حَلَفْتُ بِطَلَاْقِكُمَا فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ ثُمَّ قَالَ ثَانِيًا، فَإِنَّهُمَا يُطْلَقَانِ طَلْقَةً [طَلْقَةً] عَلَى الْمَذْهَبِ الْمَشْهُورِ وَأَنْعَقَدَتِ الْيَمِينُ مَرَّةً ثَانِيَةً فِي حَقِّ الْمَدْخُولِ بِهَا. وَأَمَّا فِي حَقِّ الَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا ففِي انْعِقَادِهَا وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا تَنْعَقِدُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ وَصَاحِبِ الْمُحَرَّرِ وَمُقْتَضَى مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا لِأَنَّ الْيَمِينَ سَبَبُ السِّيُوتَةِ وَوُجِدَتْ مَعَ شَرْطِ الطَّلَاقِ لَا مَعَ وَقُوْعِ الطَّلَاقِ.

وَالثَّانِي: لَا يَنْعَقِدُ وَهُوَ اخْتِيَارُ صَاحِبِ الْمُغْنِي غَيْرَ أَنَّهُ وَقَعَ فِي النَّسْخِ خَلَلٌ فِي تَعْلِيلِهِ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الْيَمِينَ وَإِنْ وَجِدَتْ مَعَ شَرْطِ الطَّلَاقِ لَكِنَّ انْعِقَادَهَا مُفَارِقٌ لَوْقُوْعِ الطَّلَاقِ فَلَمْ يَنْعَقِدْ لِاقْتِرَانِهِ بِمَا يَمْنَعُهُ، فَإِنْ أَعَادَهُ ثَالِثًا قَبْلَ أَنْ يُجَدِّدَ نِكَاحَ الْبَائِنِ لَمْ تَطْلُقْ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا عَلَى الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّ الْحَلْفَ بِطَلَاْقِ الْبَائِنِ لَا يُمْكِنُ فَإِنْ عَادَ وَتَزَوَّجَ الْبَائِنُ ثُمَّ حَلَفَ بِطَلَاْقِهَا وَحْدَهَا فَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي لَا تَطْلُقُ لِأَنَّ الْيَمِينَ الثَّانِيَةَ لَمْ تَنْعَقِدْ بِحَقِّهَا وَتَطْلُقُ الْأُخْرَى طَلْقَةً لَوْجُودِ الْحَلْفِ بِطَلَاْقِهَا قَبْلَ نِكَاحِ الثَّانِيَةِ وَالْحَلْفُ بِطَلَاْقِ الثَّانِيَةِ بَعْدَ نِكَاحِهَا فَكَمُلَ الشَّرْطُ فِي حَقِّ الْأُولَى. وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ تَطْلُقُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا طَلْقَةً لِأَنَّ الصِّفَةَ الثَّانِيَةَ مُنْعَقِدَةٌ فِي حَقِّهِمَا جَمِيعًا كَذَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ وَأُورِدَ عَلَيْهِ أَنَّ طَلَاْقَ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مُعْلَقٌ بِشَرْطِ الْحَلْفِ بِطَلَاْقِهَا مَعَ طَلَاْقِ الْأُخْرَى فَكُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْحَلْفَيْنِ جُزْءٌ عِلَّةٌ لَطَلَاْقِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، فَكَمَا أَنَّهُ لَا بَدُّ مِنَ الْحَلْفِ بِطَلَاْقِهَا فِي زَمَنِ يَكُونُ فِيهِ أَهْلًا لَوْقُوْعِ الطَّلَاْقِ كَذَلِكَ الْحَلْفُ بِطَلَاْقِ ضَرَّتْهَا لِأَنَّهُ جُزْءٌ عِلَّةٌ لَطَلَاْقِ نَفْسِهَا وَمِنْ تَمَامِ شَرْطِهِ فَكَيْفَ يَقَعُ بِهِذِهِ الَّتِي جَدَّدَ نِكَاحَهَا الطَّلَاْقُ وَإِنَّمَا حَلَفَ بِطَلَاْقِ ضَرَّتْهَا وَهِيَ بَائِنٌ؟ وَأَجِيبَ عَنْهُ بِأَنَّ وُجُودَ الصِّفَةِ كُلِّهَا فِي النِّكَاحِ لَا حَاجَةَ إِلَيْهِ، وَيَكْفِي وَجُودَ آخِرِهَا فِيهِ فَيَقَعُ الطَّلَاْقُ عَقِيْبَهُ.

وَذَكَرَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي تَعْلِيلِهِ عَلَى الْهَدَايَةِ أَنَّ هَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ سِوَاءَ قُلْنَا: يَكْفِي فِي الْحِنْثِ وَجُودُ بَعْضِ الصِّفَةِ أَمْ لَا، نَعَمْ إِنْ قُلْنَا: يَكْفِي وَجُودُ بَعْضِهَا وَقَدْ وَجَدَ حَالَ السِّيُوتَةِ

أَبْنَى عَلَى أَنَّ الْخِلَافَ فِي حِلِّ الْيَمِينِ بِالصِّفَةِ الْمَوْجُودَةِ حَالَ الْبَيِّنَةِ انْتَهَى. وَعِنْدِي أَنَّ هَذَا قَدْ يَخْرُجُ عَلَى خِلَافِ الْمُتَأَخِّرِينَ فِي أَنَّ الْيَمِينَ لَا تَحُلُّ بِوُجُودِ الصِّفَةِ حَالَ الْبَيِّنَةِ فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهَا مُسْتَثْنَاءٌ مِنْ عُمُومِ كَلَامِهِ بِقَرِينَةِ الْحَالِ فَوُجُودُ بَعْضِهَا حَالَ الْبَيِّنَةِ لَا عِبْرَةَ لَهُ أَيْضًا كَوُجُودِ جَمِيعِهَا، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْيَمِينَ لَا تَحُلُّ بِدُونِ الْحِنْثِ فِيهَا أَكْثَفِي بِوُجُودِ آخِرِهَا فِي النِّكَاحِ لِإِمْكَانِ الْحِنْثِ فِيهِ عَلَى أَنَّ الْإِكْتِفَاءَ بِوُجُودِ بَعْضِ الصِّفَةِ حَالَ الْبَيِّنَةِ وَبَعْضِهَا فِي النِّكَاحِ مَعَ قَوْلِنَا: لَا يَكْتَفَى بِوُجُودِ بَعْضِ الصِّفَةِ فِي الطَّلَاقِ وَقَوْلِنَا: إِنَّ الصِّفَةَ الْمَوْجُودَةَ حَالَ الْبَيِّنَةِ لَا تَحُلُّ بِهَا الْيَمِينَ لَا يَخْلُو عَنْ إِشْكَالٍ [وَنَظَرٍ] وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَمِنْهَا: إِذَا اشْتَرَى مَرِيضٌ أَبَاهُ بِشَمْنٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ وَهُوَ تِسْعَةُ دَنَائِرٍ وَقِيمَةُ الْآبِ سِتَّةٌ فَقَدْ حَصَلَ مِنْهَا عَطِيَّتَانِ مِنْ عَطَايَا الْمَرِيضِ مُحَابَاةً^(١) الْبَائِعِ بِثُلْثِ الْمَالِ وَعَتَقَ الْآبِ إِذَا قُلْنَا: إِنَّ عِتْقَهُ مِنَ الثُّلُثِ وَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي الْمُحَرَّرِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ يَتَحَاصَّنَ لِأَنَّ مَلِكَ الْمَرِيضِ لَا يَبِيهُ مُقَارَنُ لِمَلِكِ الْمُشْتَرِي لِشَمْنِهِ وَفِي كُلِّ مِنْهُمَا عَطِيَّةٌ مُنْجِزَةٌ فَتَحَاصَّاهُ لَتَقَارُرْتُهُمَا. وَالثَّانِي: أَنَّهُ تَنْفُذُ الْمُحَابَاةِ وَلَا يُعْتَقُ الْآبُ وَهُوَ اخْتِيَارُ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ سَابِقَةٌ لِعِتْقِ الْآبِ فَإِنَّ مَلِكَ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ الَّذِي وَقَعَتْ الْمُحَابَاةُ فِيهِ وَقَعَ مُقَارَنًا لِمَلِكِ الْآبِ، وَعِتْقُهُ يَتَرْتَّبُ عَلَى مِلْكِهِ وَلَمْ يُقَارَنْهُ فَقَدْ قَارَنَتْ الْمُحَابَاةُ شَرْطَ عِتْقِ الْآبِ لَا عِتْقَهُ فَتَفُذَتْ كَسَبَقِهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ أَصْدَقَهَا مِائَةَ دِرْهَمٍ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ عَلَى خَمْسِينَ مِنَ الْمَهْرِ، فَهَلْ تَسْتَحِقُّ جَمِيعَ الْمَهْرِ أَوْ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: تَسْتَحِقُّهُ كُلَّهُ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ عَوْضًا عَنِ الطَّلَاقِ خَمْسِينَ وَرَجَعَ إِلَيْهِ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ النَّصْفُ الْبَاقِي.

وَالثَّانِي: تَسْتَحِقُّ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَنْتَصِفُ بِهِ الْمَهْرُ وَيَصِيرُ مُشَاعًا بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فَلَا يَسْتَحِقُّ مِنَ الْخَمْسِينَ الْمُخَالَعَ بِهَا إِلَّا نِصْفَهَا، فَلَا يُسَلَّمُ لِلزَّوْجِ عَوْضًا عَنْ طَلَاقِهِ إِلَّا نِصْفُ الْخَمْسِينَ وَيَرْجِعُ إِلَيْهِ بِالطَّلَاقِ النَّصْفُ. وَمَنْ نَصَرَ الْوَجْهَ الْأَوَّلَ قَالَ: تَنْصَفُ الْمَهْرُ يَتَرْتَّبُ عَلَى الْخُلْعِ لَا يُقَارَفُهُ فَقَدْ مَلَكَ الْخَمْسِينَ كُلَّهَا قَبْلَ التَّنْصِيفِ، لَكِنْ مَلَكَ لَهَا قَارَنُ

(١) عَابَاة: الْحَبَاءُ الْعَطَاءُ بِلَا مِنْ وَلَا جِزَاءٍ، وَقِيلَ: حَبَاءُ أَعْطَاهُ وَمَنْعَهُ، وَحَابِيَّتُهُ فِي الْبَيْعِ عَابَاةٌ. لِسَانُ الْعَرَبِ (١٦٢/١٤).

سَبَبُ التَّنْصِيفِ وَهُوَ السِّيُونَةُ فَهَذَا مَاخِذُ الْوَجْهَيْنِ، وَلِلْمَسْأَلَةِ مَاخِذٌ آخَرٌ عَلَى تَقْدِيرِ التَّنْصِيفِ قَبْلَ الْمَلِكِ وَهُوَ أَنْ يُخَالِعَهَا لِخَمْسِينَ مِنَ الْمَهْرِ مَعَ عِلْمِهَا بِأَنَّ الْمَهْرَ يَتَنَصَّفُ بِالْمُخَالَعَةِ هَلْ يَنْتَزِلُ عَلَى خَمْسِينَ مُبْهَمَةٌ مِنْهُ أَوْ عَلَى الْخَمْسِينَ الَّتِي يَسْتَقِرُّ لَهَا بِالطَّلَاقِ؟. وَفِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَانِ، وَعَلَيْهِمَا يَنْتَزِلُ الْوَجْهَانِ فِيمَا إِذَا بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نِصْفَ السَّلْعَةِ الْمُشْتَرَكَةِ هَلْ يَنْزِلُ الْبَيْعُ عَلَى نِصْفِ مُشَاعٍ وَإِنَّمَا لَهُ فِيهِ نِصْفُهُ وَهُوَ الرَّبْعُ أَوْ عَلَى النِّصْفِ الَّذِي يَخْصُهُ بِمِلْكِهِ وَكَذَلِكَ فِي الْوَصِيَّةِ وَغَيْرِهَا وَاخْتِيارُ الْقَاضِي أَنَّهُ يَنْتَزِلُ عَلَى النِّصْفِ الَّذِي يَخْصُهُ كُلُّهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهُ: أَشْرَكَكَ فِي نِصْفِهِ وَهُوَ لَا يَمْلِكُ سِوَى النِّصْفِ فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ مِنْهُ الرَّبْعَ لِأَنَّ الشَّرَكَةَ تَقْتَضِي التَّسَاوِيَّ فِي الْمِلْكَيْنِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ. وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُ النِّصْفِ حَتَّى يَقُولَ نَصِيبِي فَإِنْ أَطْلَقَ تَنْزَلَ عَلَى الرَّبْعِ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَزَوَّجَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ^(١) بِمَهْرٍ يَزِيدُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ فَقَبِي الْمُحَابَاةُ رَوَيْتَانِ: أَحَدَاهُمَا: أَنَّهَا مَوْقُوفَةٌ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرْتَةِ لِأَنَّهَا عَطِيَّةُ الْوَارِثِ. وَالثَّانِيَةُ: تَنْفُذُ مِنَ الثُّلْثِ نَقْلُهَا الْمَرُودِيَّ وَالْأَكْرَمَ وَصَالِحُ وَأَبْنُ مَنْصُورٍ وَالْفَضْلُ بْنُ زِيَادٍ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَاخِذُهُ أَنَّ الْإِرْثَ الْمُقَارَنَ لِلْعَطِيَّةِ لَا يَمْنَعُ نَفُودَهَا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ إِنَّ الزَّوْجَةَ مِلْكُهَا فِي حَالِ مِلْكِ الزَّوْجِ الْبُضْعُ وَثُبُوتُ الْإِرْثِ مُتَرْتَّبٌ عَلَى ذَلِكَ وَكَذَلِكَ نَصٌّ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ فِيمَنْ أَقَرَّ لِزَوْجَتِهِ فِي مَرَضِهِ بِمَهْرٍ يَزِيدُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ أَنَّ الزِّيَادَةَ تَكُونُ مِنَ الثُّلْثِ وَوَجْهَهُ الْقَاضِي بِمَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ التَّرْتِيبِ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ تَبَيَّنَ بِهِ أَنَّ الْأَسْحِقَاقَ كَانَ بِالْعَقْدِ وَهَذَا كُلُّهُ يَرْجِعُ إِلَى أَنَّ الْعَطِيَّةَ وَالْوَصِيَّةَ لِمَنْ يَصِيرُ وَارِثًا يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلْثِ وَهُوَ خِلَافُ الْمَذْهَبِ الْمَعْرُوفِ لَكِنْ قَدْ يُفَرَّقُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْوَارِثُ نَسَبِيًّا أَوْ زَوْجًا كَمَا فَرَّقَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الْوَصَايَا مِنْ خِلَافِهِ بَيْنَهُمَا فِي مَسْأَلَةِ الْإِقْرَارِ لِأَنَّ النَّسَبَ سَبَبُ إِرْثِهِ قَائِمٌ حَالِ الْوَصِيَّةِ بِخِلَافِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ وَفِيمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي تَوْجِيهِ أَبِي طَالِبٍ نَظَرٌ فَإِنَّ أَحْمَدَ لَوْ اعْتَبَرَ حَالَةَ الْعَقْدِ لَمَا جَعَلَهُ مِنَ الثُّلْثِ، وَإِنَّمَا يَتَخَرَّجُ مِنْ هَذِهِ الرِّوَايَةِ رِوَايَةٌ عَنْهُ بِأَنَّ إِقْرَارَ الْمَرِيضِ لَوَارِثِهِ مُعْتَبَرٌ مِنَ الثُّلْثِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* * *

القاعدة الثامنة والخمسون:

مَنْ تَعَلَّقَ بِهِ الْاِمْتِنَاعُ مِنْ فِعْلٍ هُوَ مُتَلَبِّسٌ بِهِ فَبَادَرَ إِلَى الْإِفْلَاحِ عَنْهُ، هَلْ يَكُونُ إِفْلَاحُهُ فِعْلًا

(١) هو المخوف الذي لا يرجى بروه.

لِلْمَمْنُوعِ مِنْهُ أَوْ تَرَكَأَ لَهُ فَلَا يَتَرَكَّبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ أَحْكَامِهِ؟ هَذَا عِدَّةُ أَنْوَاعٍ:

أَحَدُهَا: أَلَّا يَتَعَلَّقَ بِهِ حُكْمُ الْإِمْتِنَاعِ بِالْكُلِّيَّةِ إِلَّا وَهُوَ مُتَلَبِّسٌ بِهِ فَلَا يَكُونُ نَزْعُهُ فِعْلًا لِلْمَمْنُوعِ مِنْهُ.

فَمِنْ ذَلِكَ: إِذَا حَلَفَ لَا يَلْبَسُ ثَوْبًا وَهُوَ لَا يَسُهُ، أَوْ لَا يَرْكَبُ دَابَّةً وَهُوَ رَاكِبُهَا، أَوْ لَا يَدْخُلُ دَارًا وَهُوَ فِيهَا، وَقُلْنَا: إِنَّ الاسْتِدَامَةَ كَالْإِبْتِدَاءِ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الْأَفْعَالِ فَخَلَعَ الثَّوبَ وَنَزَلَ عَنِ الدَّابَّةِ وَخَرَجَ مِنَ الدَّارِ فِي أَوَّلِ أَوْقَاتِ الْإِمْكَانِ، فَإِنَّهُ لَا يَحْنُثُ لِأَنَّ الْيَمِينَ تَقْتَضِي الْكَفَّ فِي الْمُسْتَقْبَلِ دُونَ الْمَاضِي وَالْحَالِ فَيَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِأَوَّلِ أَوْقَاتِ الْإِمْكَانِ.

وَمِنْهُ: مَا إِذَا أَحْرَمَ وَعَلَيْهِ قَمِيصٌ فَإِنَّهُ يَنْزِعُهُ فِي الْحَالِ وَلَا فِدْيَةَ عَلَيْهِ، لِأَنَّ مَحْظُورَاتِ الْإِحْرَامِ إِنَّمَا تَتَرَكَّبُ عَلَى الْمُحْرَمِ لَا عَلَى الْمُحِلِّ وَلَا يُقَالُ: إِنَّهُ بِإِقْدَامِهِ عَلَى إِنْشَاءِ الْإِحْرَامِ وَهُوَ مُتَلَبِّسٌ بِمَحْظُورَاتِهِ مُتَسَبِّبٌ إِلَى مُصَاحَبَةِ اللَّبَسِ فِي الْإِحْرَامِ كَمَا لَا يُقَالُ: مِثْلُ ذَلِكَ فِي الْحَالِفِ وَالتَّائِدِ فَإِنَّهُ كَانَ يُمَكِّنُهُ أَنْ لَا يَحْلِفَ وَلَا يَنْذِرَ حَتَّى يَتَرَكَ التَّلَبُّسَ بِمَا يَحْلِفُ عَلَيْهِ.

وَمِنْهُ: مَا إِذَا فَعَلَ فِعْلًا مُحَرَّمًا جَاهِلًا أَوْ نَاسِيًا ثُمَّ ذَكَرَ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ قَطْعُهُ فِي الْحَالِ وَلَا يَتَرَكَّبُ عَلَيْهِ أَحْكَامُ أَنْصَاصٍ لَهُ.

النُّوعُ الثَّانِي: أَنْ يَمْنَعَهُ الشَّارِعُ مِنَ الْفِعْلِ فِي وَقْتٍ مُعَيَّنٍ وَيَعْلَمُ بِالْمَنْعِ وَلَكِنْ لَا يَسْتَقَرُّ بِوَقْتِ الْمَنْعِ حَتَّى يَتَلَبَّسَ بِالْفِعْلِ فَيَقْلَعَ عَنْهُ فِي الْحَالِ. فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَتَرَكَّبُ عَلَيْهِ حُكْمُ الْفِعْلِ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ بَلْ يَكُونُ إِقْلَاعُهُ تَرَكَأً لِلْفِعْلِ لِأَنَّ ابْتِدَاءَهُ كَانَ مَبَاحًا حَيْثُ وَقَعَ قَبْلَ وَقْتِ التَّحْرِيمِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي حَفْصٍ الْعُكْبَرِيِّ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَكُونُ حُكْمُهُ حُكْمَ الْفَاعِلِ بِتَرْكِهِ لِإِقْدَامِهِ عَلَى الْفِعْلِ مَعَ عِلْمِهِ بِتَحْرِيمِهِ فِي وَقْتِهِ لَا سِيَّمَا مَعَ قُرْبِ الْوَقْتِ [وَهَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ]. مِنْ صُورِ الْمَسْأَلَةِ مَا إِذَا جَامَعَ فِي لَيْلٍ رَمَضَانَ فَادْرَكَهُ الْفَجْرُ وَهُوَ مُجَامِعٌ فَتَزَعُ فِي الْحَالِ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَقْطُرُ بِذَلِكَ وَفِي الْكُفَّارَةِ رَوَايَتَانِ وَاخْتَارَ أَبُو حَفْصٍ أَنَّهُ لَا يَقْطُرُ وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَا يَأْتِمُ إِذَا كَانَ حَالُ الْإِبْتِدَاءِ مُتَيَقِّنًا لِبَقَاءِ اللَّيْلِ وَيَسْنِي بَعْضُ الْأَصْحَابِ الْمَسْأَلَةَ عَلَى أَصْلِ آخِرٍ، وَهُوَ أَنَّ النَّزْعَ هَلْ هُوَ جُزْءٌ مِنَ الْجَمَاعِ أَوْ لَيْسَ مِنَ الْجَمَاعِ وَحَكَمِي فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَيْنِ وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّهُ لَا يَقْطُرُ تَطَوُّعًا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ وَلَا بِالْأَكْلِ وَلَا بِغَيْرِهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ وَجُوبِ الْإِمْسَاكِ عَنِ الْمُفْطَرَاتِ بَعْدَ الْعِلْمِ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ فَلَا يَكُونُ الْوَاقِعُ مِنْهَا فِي حَالَةِ الطُّلُوعِ

مُحَرَّمًا أَلْبَتَهُ، كَمَا قُلْنَا فِي مَحْظُورَاتِ الْإِحْرَامِ إِنَّهَا: إِنَّمَا تَثَبَّتْ بَعْدَ التَّلَبُّسِ بِهِ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ فَإِنَّهُ قَالَ: إِذَا شَكَّ فِي طُلُوعِ الْفَجْرِ فَإِنَّهُ يَأْكُلُ حَتَّى لَا يَشَكَّ أَنَّهُ طَلَعَ وَفِي الْمَسْأَلَةِ أَحَادِيثُ وَأَثَارٌ كَثِيرَةٌ تَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَطِئَ امْرَأَتَهُ فَحَاضَتْ فِي أَثْنَاءِ الْوُطْءِ فَتَنَزَّعَ هَلْ يَلْزِمُهُ الْكَفَّارَةُ^(١) إِذَا قُلْنَا: يَلْزِمُ الْمَعْدُورُ فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ خَرَجَهَا عَلَى النَّزْعِ هَلْ هُوَ جَمَاعٌ أَمْ تَرَكَ لِلْجَمَاعِ، وَمِنْهُمْ مَنْ خَرَجَهَا عَلَى مَسْأَلَةِ الصَّوْمِ وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ يَعْلَمُ بِمُقْتَضَى الْعَادَةِ قُرْبَ وَقْتِ حَيْضِهَا ثُمَّ وَطِئَ وَهُوَ يَخْشَى مُفَاجَأَةَ الْحَيْضِ هُوَ شَبِيهُ بِمَسْأَلَةِ الصَّوْمِ وَإِلَّا فَلَا كَفَّارَةَ لَأَنَّهُ إِنَّمَا تَعَلَّقَ بِهِ الْمَنْعُ بَعْدَ وَجُودِ الْحَيْضِ وَقَدْ تَرَكَ الْوُطْءَ حَيْثُ تَوَلَّى وَكَذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ فِي الْوُطْءِ فِي لَيْلِ الصِّيَامِ إِنَّهُ إِنْ ظَنَّ بَقَاءَ اللَّيْلِ وَأَنَّهُ فِي مُهْلَةٍ مِنْهُ لَمْ يُفْطِرْ وَإِنْ خَشِيَ مُفَاجَأَةَ الْفَجْرِ أَفْطَرَ لَأَنَّهُ أَقْدَمَ عَلَى مَكْرُوهُ أَوْ مُحَرَّمٍ ابْتِدَاءً.

النَّوعُ الثَّلَاثُ: أَنْ يَعْلَمَ قَبْلَ الشُّرُوعِ فِي فِعْلٍ أَنَّهُ إِذَا شَرَعَ فِيهِ تَرَتَّبَ عَلَيْهِ تَحْرِيمُهُ وَهُوَ مُتَلَبِّسٌ بِهِ، فَهَلْ يَبَاحُ لَهُ الْإِقْدَامُ عَلَى ذَلِكَ الْفِعْلِ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ لَمْ يَثَبْتُ حَيْثُ تَوَلَّى أَمْ لَا يَبَاحُ لَأَنَّهُ يَعْلَمُ أَنَّ إِتِمَامَهُ يَقَعُ حَرَامًا فِيهِ لِأَصْحَابِنَا قَوْلَانِ، وَمِثَالُ ذَلِكَ: أَنْ يَقُولَ لِرَوْجَتِهِ إِنْ وَطِئْتُكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثًا أَوْ فَأَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي وَمِثْلُ أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهُ مَتَى أَوْلَجَ فِي هَذَا الْوَقْتِ طَلَعَ عَلَيْهِ الْفَجْرُ وَهُوَ مُوَلِّجٌ فَحَكَى الْأَصْحَابُ فِي مَسْأَلَةِ الطَّلَاقِ وَالظَّهَارِ رَوَايَتَيْنِ بَنُوهُمَا عَلَى أَنَّ النَّزْعَ هَلْ هُوَ جَمَاعٌ أَوْ لَيْسَ بِجَمَاعٍ وَرَجَّحَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ التَّحْرِيمَ فِي مَسْأَلَةِ الطَّلَاقِ وَالظَّهَارِ عَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ لَأَنَّهُ اسْتِمْتَاعٌ بِأَجْنِيَّةٍ وَهُوَ حَرَامٌ وَلَوْ كَانَ لَمَسَ بَدَنَهَا لَشَهْوَةً فَلَمَسُ الْفَرْجِ بِالْفَرْجِ أَوَّلَى بِخِلَافِ الصَّائِمِ فَإِنَّهُ لَا يُفْطِرُ بِالْوُطْءِ وَيُمْكِنُ مَنْعُ كَوْنِ النَّزْعِ وَطْئًا. قَالَ: فَإِنْ قِيلَ: هَذَا إِنَّمَا يَحْصُلُ ضَرُورَةٌ تَرَكَ الْوُطْءَ الْحَرَامَ قُلْنَا: فَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْوُطْءُ إِلَّا بِفِعْلِ مُحَرَّمٍ ضَرُورَةٌ وَهُوَ تَرَكَ الْحَرَامَ كَمَا لَوْ اخْتَلَطَ لَحْمُ الْخَنْزِيرِ بِلَحْمٍ مَبَاحٍ لَا يُمَكِّنُهُ أَكْلُهُ إِلَّا بِأَكْلِ لَحْمِ الْخَنْزِيرِ أَوْ اشْتَبَهَتْ مِثْلُهُ بِمَذَكَاةٍ فَإِنَّ الْجَمِيعَ مُحَرَّمٌ، أَنْتَهَى.

وَلَيْسَ هَذَا مُطَابِقًا لِمَسْأَلَتِنَا فَإِنَّ ابْتِدَاءَ الْوُطْءِ هُنَا مُتَّفَرِّدٌ عَنِ الْحَرَامِ مُتَمَيِّزٌ عَنْهُ لَمْ يَشْتَبِهْ بِحَرَامٍ أَوْ لَمْ يَخْتَلِطْ بِهِ، فَإِذَا انْضَمَّ إِلَى ذَلِكَ أَنَّ النَّزْعَ تَرَكَ لِلْحَرَامِ لَمْ يَبْقَ هَاهُنَا حَرَامٌ، وَأَيْضًا

(١) الأصل في الكفارة: هنا حديث ابن عباس عن النبي ﷺ في الذي يأتي امرأته وهي حائض يتصدق بدينار أو بنصف دينار. رواه الخمسة، وقال أبو داود: هكذا الرواية الصحيحة، قال: دينار أو نصف دينار. نيل الأوطار (١/٣٥٢).

فَإِنَّ النَّزْعَ هَاهُنَا مُقَارَنُ الْبَيِّنَةِ فَيُمْكِنُ النَّزْعُ فِي تَحْرِيمِهِ كَمَا وَقَعَ النَّزْعُ فِي تَرْثِ أَحْكَامِ الزَّوْجِيَّةِ مَعَهُ وَأَمَّا الْإِيلَاجُ فَمُقَارَنُ لَشَرْطِ الْبَيِّنَةِ فَإِنْ قِيلَ: إِنَّ الْمُقَارَنَ لِلشَّرْطِ كَالْمُقَارَنَ لِلْمَشْرُوطِ عَلَى مَا سَبَقَ تَقْرِيرُهُ فِي الْقَاعِدَةِ الَّتِي قَبْلَهَا تَوَجَّهَ تَحْرِيمُهُ أَيْضًا وَلَا فَلَا. وَأَيْضًا فَمَنْ يَقُولُ النَّزْعُ جُزْءٌ مِنَ الْجَمَاعِ وَإِنَّ الْجَمَاعَ عِبَارَةٌ عَنِ الْإِيلَاجِ وَالنَّزْعُ يَلْتَزِمُ أَنَّ الطَّلَاقَ وَالظَّهَارَ إِنَّمَا يَقَعَانِ بَعْدَ النَّزْعِ لَا قَبْلَهُ فَلَا يَحْصُلُ فِي أَجْنِيَّةٍ وَلَا مَظَاهِرٍ مِنْهَا وَلَا يُقَالُ: يَلْزَمُ عَلَى هَذَا أَنَّ لَا يَقْطَرُ الصَّائِمُ بِالْإِيلَاجِ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ إِذَا نَزَعَ بَعْدَهُ لِأَنَّ مُفْطَرَاتِ الصَّائِمِ لَمْ تَنْحَصِرْ فِي الْجَمَاعِ وَحَدَهُ بَلْ تَحْصُلُ بِأُمُورٍ مُتَعَدِّدَةٍ فَيَجُوزُ أَنْ يَحْصُلَ بِأَحَدِ جُزْأَيِ الْجَمَاعِ كَمَا يَحْصُلُ بِالْإِنْزَالِ بِالمُبَاشَرَةِ، وَنَحْوِهِ بِخِلَافِ الْأَحْكَامِ الْمُتَرْتِبَةِ عَلَى مُسَمَّى الْوُطْءِ فَإِنَّهَا لَا تَثْبُتُ إِلَّا بَعْدَ تَمَامِ مُسَمَّى الْوُطْءِ.

النَّوعُ الرَّابِعُ: أَنْ يَتَعَمَّدَ الشَّرْعُ فِي فِعْلٍ مُحَرَّمٍ عَالِمًا بِتَحْرِيمِهِ ثُمَّ يَرِيدُ تَرْكَهُ وَالْخُرُوجَ مِنْهُ وَهُوَ مُتَلَبِّسٌ بِهِ فَيُشْرَعُ فِي التَّخْلُصِ مِنْهُ بِمُبَاشَرَةٍ أَيْضًا، كَمَنْ تَوَسَّطَ دَارًا مَغْصُوبَةً ثُمَّ تَابَ وَنَدِمَ وَأَخَذَ فِي الْخُرُوجِ مِنْهَا، أَوْ طَيَّبَ الْمُحَرَّمُ بَدَنَهُ عَامِدًا ثُمَّ تَابَ، وَشَرَعَ فِي غَسْلِهِ بِيَدِهِ قَصْدًا لِلِإِزَالَتِهِ، أَوْ غَضِبَ عَيْنًا ثُمَّ نَدِمَ وَشَرَعَ فِي حَمَلِهَا عَلَى رَأْسِهِ إِلَى صَاحِبِهَا، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ. وَالْكَلَامُ هَاهُنَا مَقَامَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: هَلْ تَصِحُّ التَّوْبَةُ فِي هَذَا الْحَالِ وَيَزُولُ الْإِثْمُ بِمُجَرَّدِهَا، أَوْ لَا يَزُولُ حَتَّى يَنْفَصِلَ عَنِ مَلَابَسَةِ الْفِعْلِ بِالْكُلِّيَّةِ، وَفِيهِ لِأَصْحَابِنَا وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَقِيلٍ أَنَّ تَوْبَتَهُ صَحِيحَةٌ وَيَزُولُ عَنْهُ الْإِثْمُ بِمُجَرَّدِهَا وَيَكُونُ تَخْلُصُهُ مِنَ الْفِعْلِ طَاعَةً وَإِنْ كَانَ مُلَابِسًا لَهُ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِهِ فَلَا يَكُونُ مَعْصِيَةً، وَلَا يُقَالُ: مَنْ شَرَطَ التَّوْبَةَ الْإِقْلَاعُ وَلَمْ يَوْجَدْ لَآنَ هَذَا هُوَ الْإِقْلَاعُ بَعِيْنُهُ وَأَيْضًا فَالْإِقْلَاعُ إِنَّمَا يُشْتَرَطُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ دُونَ الْعَجْزِ، كَمَا لَوْ تَابَ الْغَاصِبُ وَهُوَ مَحْبُوسٌ فِي الدَّارِ الْمَغْصُوبَةِ أَوْ تَوَسَّطَ جَمْعًا مِنَ الْجَرَاحِي الصَّحِيحِ ثُمَّ تَابَ وَقَدْ عَلِمَ أَنَّهُ إِنْ أَقَامَ قَتَلَ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ وَإِنْ انْتَقَلَ قَتَلَ غَيْرَهُ لَكِنْ هَذَا مِنْ مَحَلِّ النَّزْعِ أَيْضًا.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ أَنَّ حَرَكَاتِ الْغَاصِبِ وَنَحْوَهُ فِي جُرُوحِهِ لَيْسَتْ طَاعَةً وَلَا مَأْمُورًا بِهَا بَلْ هِيَ مَعْصِيَةٌ وَلَكِنَّهُ يَفْعَلُهَا لِدَفْعِ أَكْبَرِ الْمَعْصِيَتَيْنِ بِأَقْلَهُمَا وَأَبُو الْخَطَّابِ وَإِنْ قَالَ: لَيْسَتْ طَاعَةً هُوَ يَقُولُ لَا إِثْمَ فِيهَا بَلْ يَقُولُ بِوُجُوبِهَا وَهُوَ مَعْنَى الطَّاعَةِ وَخَرَجَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ الْخِلَافَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى جَوَازِ الْخِلَافِ فِي الْإِفْدَامِ عَلَى

الْوَطءِ فِي مَسَائِلِ النَّوعِ الثَّلَاثِ، فَإِنْ قِيلَ: بِجَوَازِهِ لَزِمَ أَنْ يَكُونَ التَّرْكُ امْتِنَالًا مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَلَا يَكُونُ مَعْصِيَةً وَإِنْ قِيلَ بِتَحْرِيمِهِ لَزِمَ تَحْرِيمُ التَّرْكِ هَاهُنَا وَقَدْ يُفَرَّقُ بِالتَّحْرِيمِ ثُمَّ طَارَ وَهَنَا مُسْتَصْحَبٌ مِنَ الْإِتِّدَاءِ فَلَا يَلْزَمُ مِنَ الْجَوَازِ ثُمَّ الْجَوَازُ هُنَا، وَيَلْزَمُ مِنَ التَّحْرِيمِ هُنَاكَ التَّحْرِيمُ هَهُنَا بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى. وَالْمَقَامُ الثَّانِي فِي الْأَحْكَامِ الْمُتَرْتِبَةِ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ وَهِيَ كَثِيرَةٌ:

فَمِنْهَا: غَسْلُ الطَّيِّبِ بِيَدِهِ لِلْمُحْرَمِ بِجُوزٍ لِأَنَّ تَرَكَ الطَّيِّبِ لَا فِعْلٌ لَهُ ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ وَاسْتَدَلُّوا بِحَدِيثِ الَّذِي أَحْرَمَ وَهُوَ مُتَضَمِّنٌ بِطَيِّبٍ فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يَغْسِلَهُ عَنْهُ^(١). وَلَكِنْ هَذَا كَانَ جَاهِلًا بِالْحُكْمِ فَهُوَ كَمَنْ تَطَيَّبَ بَعْدَ إِحْرَامِهِ نَاسِيًا^(٢) فَإِنَّهُ يَغْسِلُهُ بغيرِ خِلَافٍ وَخَصَّ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ كَالْقَاضِي وَغَيْرِهِ الْحُكْمَ بِالنَّاسِي وَهُوَ مُشْعِرٌ بِأَنَّ الْعَامِدَ بِخِلَافِهِ وَهُوَ مُتَخَرِّجٌ عَلَى الْخِلَافِ السَّابِقِ فِي كَوْنِهِ مَعْصِيَةً، وَالصَّحِيحُ التَّعْظِيمُ لِأَنَّ مَبَاشَرَةَ الْفِعْلِ إِنَّمَا جَازَتْ ضَرُورَةٌ لِلخُرُوجِ مِنْهُ وَالْمُحْرَمُ لَا ضَرُورَةَ لَهُ بِالْغَسْلِ بِيَدِهِ، فَلَمَّا أَذِنَ الشَّارِعُ فِيهِ دَلٌّ عَلَى أَنَّ مَبَاشَرَةَ الطَّيِّبِ لِقَصْدِ إِزَالَتِهِ وَمُعَالَجَتِهِ غَيْرُ مَمْنُوعٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَعَمَّدَ الْمَأْمُومُ سَبْقَ إِمَامِهِ فِي رُكُوعٍ أَوْ سُجُودٍ وَقُلْنَا: لَا تَبْطُلُ صَلَاتُهُ بِمُجَرَّدِ تَعَمُّدِ السَّبْقِ، فَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْعُودُ إِلَى مُتَابَعَتِهِ الْإِمَامَ أَمْ لَا؟ أَطْلُقَ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ وَجُوبَ الْعُودِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقِ الْعَامِدِ وَغَيْرِهِ، كَمَا وَرَدَتْ رَوَايَاتٌ عَنِ الصَّحَابَةِ عُمَرُ وَابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَفَرَّقَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ بَيْنَ الْعَامِدِ وَغَيْرِهِ وَقَالَ: مَتَى عَادَ الْعَامِدُ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَمَّدَ زِيَادَةً رُكْنٍ كَامِلٍ عَمْدًا وَإِنَّمَا يَعُودُ السَّاهِي وَالْجَاهِلُ، وَقَدْ يُقَالُ: إِنَّ عُودَ الْعَامِدِ يَتَخَرَّجُ عَلَى أَنَّ الْعُودَ إِنَّمَا هُوَ قَطْعٌ لِلْفِعْلِ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ الَّذِي ارْتَكَبَهُ وَرَجَعَ عَنْهُ إِلَى مُتَابَعَةِ الْإِمَامِ الْوَاجِبَةِ فَلَا يَكُونُ مِنْهِيًّا عَنْهُ بَلْ مَأْمُورٌ بِهِ كَالخُرُوجِ مِنَ الدَّارِ الْمَغْصُوبَةِ وَنَحْوِهَا عَلَى مَا سَبَقَ وَقَدْ يُفَرَّقُ بِأَنَّ حَقِيقَةَ السُّجُودِ وَضْعُ الْأَعْضَاءِ الْمَخْصُوصَةِ عَلَى الْأَرْضِ فَإِذَا زِيدَ هَذَا الْمَقْدَارُ عَمْدًا بَطَلَتْ بِهِ الصَّلَاةُ، وَأَمَّا الْهُوَى إِلَيْهِ وَالرَّفْعُ مِنْهُ فَلَيْسَ مِنْ مَاهِيَّتِهِ وَإِنَّمَا هُمَا حَدَاكُنْ لَهُ فَلَا أَثَرَ لِنِيَّةٍ قَطْعَهُمَا بِالرَّفْعِ فَإِنَّ الرَّفْعَ لَيْسَ مِنْهُ وَإِنَّمَا هُوَ غَايَةٌ لَهُ وَفَصْلٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ وَمَا مَضَى مِنْهُ وَوُجِدَ لَا يُمْكِنُ رَفْعُهُ، وَهُوَ سُجُودٌ تَامٌ فَتَبْطُلُ الصَّلَاةُ بِزِيَادَتِهِ عَمْدًا، وَهَذَا قَدْ يَلْزَمُ مِنْهُ أَنَّ السَّبْقَ لِلرُّكْنِ عَمْدًا يُبْطِلُ الصَّلَاةَ وَقَدْ قِيلَ إِنَّهُ الْمَنْصُوصُ

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي صَحِيحِهِ ح (١٤٦٣) بَابُ غَسْلِ الْخُلُقِ ج (٥٥٧/٢) وَابْيَهَقَى فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى ح (٧٩٨١) (٤/٥).

(٢) لِأَنَّ النَّاسِي مَرْفُوعٌ عَنْهُ الْإِثْمُ بِحَدِيثِ «رَفَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَا وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ».

عَنْ أَحْمَدَ، وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ يَقَالُ: لَمَّا لَحِقَهُ الْإِمَامُ فِي هَذَا الرُّكْنِ وَاجْتَمَعَ مَعَهُ فِيهِ أَكْثَرُ بِذَلِكَ فِي الْمَتَابَعَةِ.

* * *

القاعدة التاسعة والخمسون:

الْعُقُودُ لَا تُرَدُّ إِلَّا عَلَى مَوْجُودٍ بِالْفِعْلِ أَوْ بِالْقُوَّةِ، وَأَمَّا الْفُسُخُ فَرُدُّ عَلَى الْمَعْدُومِ حُكْمًا وَاخْتِيَارًا عَلَى الصَّحِيحِ وَقَدْ دَلَّ عَلَيْهِ حَدِيثُ الْمَصْرَاءِ حَيْثُ أَوْجَبَ الشَّارِعُ رَدَّ صَاعِ الثَّمَرِ عِوَضًا عَنِ اللَّبَنِ بَعْدَ تَلْفِهِ وَهُوَ مِمَّا وَرَدَّ الْعَقْدُ عَلَيْهِ فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ حَكَمَ بِفُسْخِ الْعَقْدِ فِيهِ وَرَدَّ عِوَضِهِ مَعَ أَصْلِهِ وَالرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ كَامِلًا فَأَمَّا الْإِنْفِسَاخُ الْحُكْمِيُّ بِالتَّلَفِ فَبِي مَوَاضِعَ: مِنْهَا: إِذَا تَلَفَ الْمَبِيعُ الْمُبْتِهُمُ قَبْلَ قَبْضِهِ انْفَسَخَ الْعَقْدُ فِيهِ وَفِي عِوَضِهِ سَوَاءٌ كَانَ ثَمَنًا أَوْ مَثْمَنًا.

وَمِنْهَا: إِذَا تَلَفَتِ الثَّمَارُ الْمُشْتَرَاةُ فِي رُءُوسِ النَّخْلِ قَبْلَ جَدِّهَا بِجَائِحَةٍ^(١) فَإِنَّ الْعَقْدَ يَنْفَسَخُ فِيهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ قَبْلَ مُضِيِّ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ انْفَسَخَ الْعَقْدُ فِيمَا بَقِيَ مِنْهَا. وَأَمَّا الْفُسْخُ الْاخْتِيَارِيُّ فَكَثِيرٌ، وَمِنْ مَسَائِلِهِ:

إِذَا تَلَفَ الْمَبِيعُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ هَلْ يَسْقُطُ الْخِيَارُ أَمْ لَا يَسْقُطُ؟ وَلِلْبَائِعِ الْفُسْخُ فَيَرْجِعُ بِعِوَضِهِ وَيَرُدُّ الثَّمَنَ عَلَى رَوَاتِبَيْنِ مَعْرُوفَتَيْنِ وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ عَنْهُ إِنْ أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي أَوْ تَلَفَ عَنْهُ فَلِلْبَائِعِ الثَّمَنُ وَإِنْ بَاعَهُ وَلَمْ يُمْكِنْهُ رَدُّهُ فَلَهُ الْقِيَمَةُ [فَفَرَّقَ بَيْنَ التَّلَفِ الْحِسِّيِّ وَالْحُكْمِيِّ وَبَيْنَ التَّقْوِيَةِ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ فَأَجَازَ الْفُسْخَ] مَعَ بَقَائِهَا لِإِمْكَانِ الرُّجُوعِ بِخِلَافِ التَّلَفِ وَأَيْضًا فَتَصَرَّفَهُ فِي الْمَبِيعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ جُنَايَةً حَالٌ بِهَا بَيْنَ الْبَائِعِ وَالرُّجُوعِ فِي مَالِهِ فَيَمْلِكُ أَنْ يَفْسَخَ وَيُضْمِنَهُ الْقِيَمَةَ لِلْحَيْلُولَةِ وَإِلَى هَذَا الْمَأْخِذِ أَشَارَ أَحْمَدُ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايعَانِ فِي الثَّمَنِ بَعْدَ تَلَفِ الْمَبِيعِ وَفِيهِ رَوَاتِبَانِ: إِحْدَاهُمَا: يَتَخَالَفَانِ وَيَفْسَخُ الْبَيْعُ وَيَغْرَمُ الْمُشْتَرِي الْقِيَمَةَ. وَالثَّانِيَةُ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ وَلَا فُسْخَ اخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَبَايَعَا جَارِيَةً يَبْدُو أَوْ تَوْبُو ثُمَّ وَجَدَ أَحَدُهُمَا بِمَا قَبِضَهُ عَيْنًا وَقَدْ تَلَفَ الْآخَرُ

(١) جائحة: جمعها جوائح، وجاحهم جوحا: إذا غشيهم بالجوائح وأهلكهم، وقع الحديث «نهى رسول الله ﷺ عن بيع السنين وضع الجوائح». النهاية في غريب الحديث (٣١٢/١)، ولسان العرب (٤٣١/٢).

فَإِنَّهُ يَرُدُّ مَا يَدِيهِ وَيَفْسُخُ الْعَقْدَ وَيَرْجِعُ بِقِيَمَةِ التَّالِفِ نَصًّا عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ وَأَبْنُ مَنصُورٍ وَلَمْ يَذْكُرِ الْأَصْحَابُ فِيهِ خِلَافًا لِأَنَّ هُنَا عَيْنًا بَاقِيَةً يُمَكِّنُ الْفَسْخُ فِيهَا فَيَقَعُ الْفَسْخُ فِي التَّالِفِ تَبَعًا كَمَا لَوْ كَانَ الثَّمَنُ نَقْدًا مُعَيَّنًا وَقَدْ تَلَفَ فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ أَنَّهُ يَرُدُّ السَّلْعَةَ بِالْعَيْبِ وَيَأْخُذُ بِدَلِّ الثَّمَنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَلَفَ بَعْضُ الْمَبِيعِ الْمَعِيبِ وَارَادَ رَدُّهُ فَهَلْ يَجُوزُ رَدُّ الْمَوْجُودِ مَعَ قِيَمَةِ الْمَفْقُودِ وَيَأْخُذُ الثَّمَنُ. ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا جَوَازُهُ لِأَنَّ الْفَسْخَ فِي الْمَفْقُودِ هُنَا تَابِعٌ لِلْفَسْخِ فِي الْمَوْجُودِ، وَخَرَجَهُ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ عَلَى رِوَايَتَيْنِ فِيمَا إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا فَبَانَ مَعِيبًا وَقَدْ تَعَيَّبَ عِنْدَهُ فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ وَيَرُدُّ مَعَهَا أَرْضَ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ مَنَسُوبًا مِنْ قِيَمَتِهِ لَا مِنْ ثَمَنِهِ فَوَرَدَ الْفَسْخُ هُنَا عَلَى الْمَفْقُودِ تَبَعًا لِلْمَوْجُودِ وَاعْتَدَرَ ابْنُ عَقِيلٍ عَنْ ضَمَانِهِ بِالْقِيَمَةِ فَإِنَّهُ لَمَّا فُسِخَ الْعَقْدُ صَارَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ كَالْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ لِأَنَّهُ قَبْضٌ بِحُكْمِ عَقْدٍ فَلِذَلِكَ ضَمِنَ بِالْقِيَمَةِ وَهَذَا رُجُوعٌ إِلَى أَنَّ الْفَسْخَ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ وَهُوَ ضَعِيفٌ، وَمُقْتَضَى هَذَا أَنَّ الْأَصْلَ ضَمَانُهُ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَنِ وَهُوَ مُقْتَضَى مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي مَسَائِلِ التَّقْلِيلِ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنَ الْمَبِيعِ مُقَابِلٌ لِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَنِ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ رَدُّ الْمَبِيعِ كُلُّهُ رَدُّ الْمَوْجُودِ مِنْهُ يَقْسُطُ مِنَ الثَّمَنِ كَمَا فِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ وَهَذَا خِلَافُ أَرْضِ الْعَيْبِ الَّذِي يَأْخُذُهُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْبَائِعِ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُ مَنَسُوبًا مِنَ الثَّمَنِ وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِيهِ فَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ هُوَ فُسْخٌ لِلْعَقْدِ فِي مِقْدَارِ الْعَيْبِ وَرُجُوعٌ يَقْسُطُ مِنَ الثَّمَنِ، وَعَلَى هَذَا فَالْفَسْخُ وَرَدٌ عَلَى مَعْدُومٍ مُسْتَحَقِّ التَّسْلِيمِ وَهَذَا فِي الْمُشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ كَالسَّلَامِ ظَاهِرًا لِأَنَّهُ كَانَ يَسْتَحِقُّهُ سَلِيمًا فَأَمَّا فِي الْمُعِينِ فَلَمْ يَقَعِ الْعَقْدُ عَلَى غَيْرِ عَيْنِهِ فَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ الْأَرْضُ فُسْخًا إِلَّا أَنْ يَكُونَ إِطْلَاقُ الْعَقْدِ عَلَى الْعَيْنِ يَقْتَضِي سَلَامَتَهَا وَكَانَتْهَا مَوْصُوفَةً بِصِفَةِ السَّلَامَةِ وَقَدْ فَاتَتْ وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ بَلْ هُوَ عِوَضٌ عَنِ الْجُزْءِ الْفَائِتِ. وَعَلَى هَذَا فَهَلْ هُوَ عِوَضٌ عَنِ الْجُزْءِ نَفْسِهِ أَوْ عَنْ قِيَمَتِهِ؟ ذَهَبَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ إِلَى أَنَّهُ عِوَضٌ عَنِ الْقِيَمَةِ وَذَهَبَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُتُوهِ وَأَبْنُ الْمُثَنَّى إِلَى أَنَّهُ عِوَضٌ عَنِ الْعَيْنِ عَنْهَا بِمَا شَاءَ. وَإِنْ قُلْنَا: الْقِيَمَةُ لَمْ يَجُزْ أَنْ يُصَالِحَ عَنْهَا بِأَكْثَرِ مِنْهَا مِنْ جِنْسِهَا، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: هُوَ إِسْقَاطٌ لِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَنِ فِي مُقَابَلَةِ الْجُزْءِ الْفَائِتِ الَّذِي تَعَدَّرَ تَسْلِيمُهُ لَا عَلَى وَجْهِ الْفَسْخِ لِأَنَّ الْفَسْخَ لَا يَقَابِلُ الْفَائِتَةَ وَيَنْبَنِي عَلَى ذَلِكَ جَوَازُ الْمُصَالَحَةِ عَنْهُ بِأَكْثَرِ مِنْ قِيَمَتِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: الْمَضْمُونُ الْعَيْنُ فَلَهُ الْمُصَالَحَةُ وَالصَّحَّةُ وَالسَّلَامَةُ وَإِنَّمَا يُقَابِلُ الْأَجْزَاءَ الْمُشَاعَةَ

فَإِذَا عَقَدَ عَلَى عَيْنٍ مَوْصُوفَةٍ وَفَاتَ بَعْضُ صِفَاتِهَا رَجَعَ بِمَا قَابَلَهُ مِنَ الثَّمَنِ مِنْ غَيْرِ فُسْخٍ وَكُلٌّ مِنْ هَذِهِ الْأَقْوَالِ الثَّلَاثَةِ قَالَهُ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ خِلَافِهِ وَيَنْبَنِي عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنَّ الْأَرْضَ فُسْخٌ أَوْ إِسْقَاطٌ لِحُزْءٍ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ مُعَاوَضَتِهِ أَنَّهُ إِنْ كَانَ فُسْخًا أَوْ إِسْقَاطًا لَمْ يَرْجِعْ إِلَّا بِقَدْرِهِ مِنَ الثَّمَنِ وَيَسْتَحِقُّ حُزْءًا مِنْ عَيْنِ الثَّمَنِ مَعَ بَقَائِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا قُلْنَا: هُوَ مُعَاوَضَةٌ وَأَمَّا إِنْ أَسْقَطَ الْمُشْتَرِي خِيَارَ الرَّدِّ بِعَوَضٍ بَذَلَهُ لَهُ الْبَائِعُ وَقِيلَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ عَلَى حَسَبِ مَا يَتَّفِقَانِ عَلَيْهِ وَلَيْسَ مِنَ الْأَرْضِ فِي شَيْءٍ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي الشَّقْعَةِ وَنَصَّ أَحْمَدٌ عَلَى مِثْلِهِ فِي النِّكَاحِ فِي خِيَارِ الْمُعْتَقَةِ تَحْتَ عَبْدٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ الْمَعِيَّةُ كُلُّهَا فَهَلْ يَمْلِكُ الْمُشْتَرِي الْفُسْخَ وَرَدَّ بِدَلِيلِهَا أَمْ لَا^(١)؟ الَّذِي عَلَيْهِ الْأَكْثَرُونَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ وَأَشَارَ إِلَيْهِ أَحْمَدٌ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ قَالُوا: لِأَنَّ الرَّدَّ يَسْتَدْعِي مَرْدُودًا وَلَا مَرْدُودَ إِلَّا مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ وَظُلَامَتُهُ تُسْتَدْرِكُ بِالْأَرْضِ وَهُوَ ضَعِيفٌ لِأَنَّ الْبَدَلَ يَقُومُ مَقَامَ الْعَيْنِ وَخَرَجَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ جَوَازَ ذَلِكَ مِنْ رَدِّ الْمُشْتَرِي أَرْضَ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ كَمَا تَقَدَّمَ وَذَكَرَ فِي أَنَّهُ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ وَتَابَعَهُ عَلَيْهِ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ، وَجَزَمَ بِهِ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ حَكَاهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا اشْتَرَى رِبَوِيًّا بِجَنْسِهِ فَبَانَ مَعِيًّا ثُمَّ تَلَفَ قَبْلَ رَدِّهِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُ الْفُسْخَ وَيَرُدُّ بِدَلِّهِ وَيَأْخُذُ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَخْذُ الْأَرْضِ عَلَى الصَّحِيحِ بِمَحْذُورِ الرِّبَا فَتَعَيَّنَ الْفُسْخُ.

وَمِنْهَا: الْإِقَالَةُ^(٢) هَلْ تَصِحُّ بَعْدَ تَلَفِ الْعَيْنِ؟ قَالَ الْقَاضِي مَرَّةً: لَا تَصِحُّ لِأَنَّهَا عَقْدٌ يَقِفُ عَلَى الرِّضَا مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَهِيَ كَالْبَيْعِ بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ثُمَّ قَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ صِحَّتُهَا بَعْدَ التَّلَفِ إِذَا قُلْنَا: هِيَ فُسْخٌ وَتَابَعَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الْإِنْتِصَارِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي نَظَرِيَّاتِهِ وَحَكَّى صَاحِبَ التَّلْخِيسِ فِيهَا وَجْهَيْنِ بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَفَرَّقَ بَيْنَ الرَّدِّ يَسْتَدْعِي مَرْدُودًا بِخِلَافِ الْفُسْخِ وَهُوَ ضَعِيفٌ فَإِنَّ الرَّدَّ فُسْخٌ أَيْضًا وَالْإِقَالَةُ تَسْتَدْعِي مَقَالًا فِيهِ وَلَكِنَّ الْبَدَلَ يَقُومُ مَقَامَ الْمُبْدَلِ هُنَا لِلضَّرُورَةِ.

(١) نعم له الرد وأخذ الثمن الذي دفعه لأن المبيع لو تلف تحت يده لكان ضمانه عليه ولم يكن له على التابع شيء فالشافعي على أن له رد الأصل بالعيب. وأصحاب أبي حنيفة أن حدوث العيب في يد المشتري يمنع الرد بل يرجع بالأرض. وقال مالك: يسترد من الثمن ما نقص من العيب من قيمتها. تحفة الأحوذى (٤٢٣/٤).

(٢) الإقالة: تكون في البيعة والعهد، والاستقالة: طلب الإقالة. النهاية في غريب الحديث (٤/١٣٤)، ولسان العرب (١١/٥٨٠).

وَمِنْهَا: الشَّرَكَةُ فِي الْيُبُوعِ، وَهِيَ تَوَعُّ مِنْهَا وَحَقِيقَتُهَا أَنْ يَشْتَرِيَ رَجُلٌ شَيْئًا فَيَقُولَ لِآخَرٍ: أَشْرَكَكَتْكَ فِي نِصْفِهِ أَوْ جُزْءٍ مُشَاعٍ مِنْهُ فَيَقْبَلُ فَيَصِحُّ ذَلِكَ وَيَكُونُ تَمْلِيكًا مُنْجَزًا بِعَوَضٍ فِي الذِّمَّةِ وَمَوْضُوعٌ هَذَا الْعَقْدُ أَنَّهُ إِنْ رِبَحَ الْمَالُ الْمُشْتَرَكُ فِيهِ فَالرَّبِيحُ بَيْنَهُمَا النَّاطِقِيَّةُ بِالثَّمَنِ وَيَصِيرُ الْمُشْتَرِي شَرِيكًا فِي الرَّبِيحِ فَيَأْخُذُ حِصَّتَهُ مِنْهُ وَإِنْ تَلَفَ الْمَالُ أَوْ خَسِرَ انْفَسَخَتْ الشَّرَكَةُ فَيَكُونُ الْخُسْرَانُ أَوْ التَّلَفُ عَلَى الْمُشْتَرِي فَيَقْدَرُ انْفِسَاخُ الشَّرَكَةِ حُكْمًا فِي آخِرِ زَمَنِ الْمِلْكِ قَبْلَ بَيْعِهِ بِخَسَارَةٍ أَوْ تَلَفِهِ وَلَكِنَّمَا يُحْكَمُ بِالْانْفِسَاخِ بَعْدَ التَّلَفِ وَالْخُسْرَانِ فَيَكُونُ هَذَا الْعَقْدُ مُقِيدًا لِلشَّرَكَةِ فِي الرَّبِيحِ خَاصَّةً وَيَكُونُ فَسْخُوحًا مُعْلَقًا عَلَى شَرْطٍ وَيَكْتَفِي بِذَلِكَ بِمُسَمًى الشَّرَكَةِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى شَرْطٍ لَفْظِيٍّ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى جَوَازِ هَذَا فِي رَوَايَةِ جَمَاعَةٍ مِنْهُمْ الْأَثَرُومُ وَمَهْثَا وَأَحْمَدُ بْنُ الْقَاسِمِ وَسِنْدِيُّ وَأَبُو طَالِبٍ وَأَحْمَدُ بْنُ سَعِيدٍ وَأَبْنُ مَنْصُورٍ وَغَيْرُهُمْ يَقُولُ مِثْلَ ذَلِكَ عَنْ شَرِيحٍ وَالشَّعْبِيِّ صَرِيحًا وَسَمِعْتُ أَحْمَدَ هَلْ يَدْخُلُ هَذَا فِي رِبْحٍ مَا لَمْ يَضْمَنْ؟ فَقَالَ: هُوَ مِثْلُ الْمُضَارَبِ يَأْخُذُ الرَّبِيحَ وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ. وَقَدْ أَشْكَلَ تَوْجِيهَ كَلَامِ أَحْمَدَ عَلَى الْقَاضِي فَحَمَلَهُ عَلَى مُحَامِلٍ بَعِيدَةٍ جِدًّا وَحَمَلَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى عَلَى ظَاهِرِهِ وَتَبِعَهُ الشَّيْكَانِيُّ إِلَّا أَنَّهُ خَرَجَ وَجْهًا آخَرَ أَنَّ الْوَضِيعَةَ عَلَيْهِمَا كَالرَّبِيحِ.

* * *

القاعدة الستون:

التَّعَاسُخُ فِي الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ مَتَى تَضَمَّنَ ضَرَرًا عَلَى أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ أَوْ غَيْرِهِمَا مِمَّنْ لَهُ تَعَلُّقٌ بِالْعَقْدِ لَمْ يَجْزُ وَلَمْ يَنْفَذْ إِلَّا أَنْ يُمَكِّنَ اسْتِدْرَاكُ الضَّرَرِ بِضَمَانٍ أَوْ نَحْوِهِ فَيَجُوزُ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ. فَمِنْ ذَلِكَ الْمُوصَى إِلَيْهِ أَطْلَقَ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ أَنَّ لَهُ الرَّدَّ بَعْدَ الْقَبُولِ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي وَبَعْدَهُ وَقَيَّدَ ذَلِكَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ بِمَا إِذَا وَجَدَ حَاكِمًا لِنَفْلٍ يَضِيعُ إِسْنَادُهَا فَيَقَعُ الضَّرَرُ وَأَخَذَهَا مِنْ رَوَايَةِ حَنْبَلٍ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْوَصِيِّ يُلْفَعُ الْوَصِيَّةُ إِلَى الْحَاكِمِ فَيَبْرَأُ مِنْهَا قَالَ: إِنْ كَانَ حَاكِمًا فَنَعَمْ وَحَكَى رَوَايَةَ أُخْرَى أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الرَّدَّ بَعْدَ الْمَوْتِ بِحَالٍ وَلَا قَبْلَهُ إِنْ لَمْ يَعْلَمْهُ بِذَلِكَ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّغْيِيرِ بِهِ وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى رَوَايَةَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ الرَّدُّ بِحَالٍ إِذَا قَبِلَهَا وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ حَمَلَهَا عَلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَحَكَاهُمَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ صَرِيحًا فِي الْحَالَيْنِ.

وَمِنْهَا: الْوَكِيلُ فِي بَيْعِ الرَّهْنِ إِذَا عَزَلَهُ الرَّاهِنُ يَصِحُّ عَزْلُهُ عَلَى الْمَنْصُوصِ لِأَنَّ الْحَاكِمَ بِأَمْرِهِ بِالْبَيْعِ وَيُسَبِّحُ عَلَيْهِ وَخَرَجَ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ لِأَنَّ فِيهِ تَغْيِيرًا لِلْمُرْتَهِنِ

وَيَخْرُجُ وَجْهٌ ثَالِثٌ بِالْفَرْقِ بَيْنَ أَنْ يُوجَدَ حَاكِمٌ بِأَمْرٍ بِالْبَيْعِ أَوْ لَا مِنْ مَسْأَلَةِ الْوَصِيَّةِ.

وَمِنْهَا: أَنَّهُ يَجُوزُ فسخُ عَقْدِ الْجَعَالَةِ لَكِنْ يَسْتَحِقُّ الْعَامِلُ أَجْرَهُ الْمِثْلُ ^(١) لِطُلَانِ الْمُسَمَّى بِالْفَسْخِ فَإِذَا عَمِلَ بِهِ أَحَدٌ مُسْتَنَدًا إِلَيْهِ اسْتَحَقَّ أَجْرَهُ الْمِثْلُ كَمَا لَوْ سَمِيَ لَهُ تَسْمِيَةً فَاسِدَةً وَيَخْرُجُ أَنْ يَسْتَحَقَّ فِي جَعْلِ الرَّدِّ الْأَبْقَى الْمُسَمَّى بِالشَّرُوعِ لِأَنَّهُ الْمُسْتَحَقُّ بِالْإِطْلَاقِ وَقَدْ صَارَ وَجُودُ التَّسْمِيَةِ كَالْعَدَمِ.

وَمِنْهَا: إِذَا فسخَ الْمَالِكُ عَقْدَ الْمُسَاقَاةِ وَقُلْنَا: هِيَ جَائِزَةٌ فَإِنْ كَانَ بَعْدَ ظُهُورِ الثَّمَرَةِ فَتَصِيبُ الْعَامِلِ فِيهَا ثَابِتٌ لِأَنَّهُ يَمْلِكُهُ بِالظُّهُورِ رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ لِأَنَّ حِصَّةَ الْمُسَاقِي لَيْسَتْ وَقَايَةً لِلْمَالِ بِخِلَافِ الْمُضَارِبِ وَكَذَلِكَ لَوْ فسخَ الْعَامِلُ بَعْدَ الظُّهُورِ، وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْفَسْخُ قَبْلَ الظُّهُورِ فَإِنْ كَانَ مِنَ الْعَامِلِ فَلَا شَيْءَ لَهُ لِإِعْرَاضِهِ وَإِنْ كَانَ مِنَ الْمَالِكِ فَعَلَيْهِ أَجْرُهُ الْمِثْلُ لِلْعَامِلِ لِأَنَّهُ مَنَعَهُ مِنْ إِتِمَامِ عَقْدٍ يَقْضِي إِلَى حُصُولِ الْمُسَمَّى لَهُ غَالِبًا فَلَزِمَهُ ضَمَانُهُ وَأَيْضًا فَإِنْ ظَهَرَ الثَّمَرَةُ بَعْدَ الْفَسْخِ لِعَمَلِ الْعَامِلِ فِيهَا أَثَرٌ بِالْقِيَامِ عَلَيْهَا وَخِدْمَتِهَا فَلَا يَذْهَبُ عَمَلُهُ مَجَانًّا وَقَدْ أَثَرُ فِي حُصُولِ الْمَقْصُودِ وَيَتَوَجَّهُ عَلَى قَوْلِ ابْنِ عَقِيلٍ فِي الْمُضَارِبِ أَنْ يَنْفَسَخَ الْعَقْدُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَالِكِ دُونَ الْعَامِلِ فَيَسْتَحِقُّ مِنْ ثَمَرَةِ الْمُسَمَّى لَهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا زَارَعَ رَجُلًا عَلَى أَرْضِهِ ثُمَّ فسخَ الْمُزَارَعَةَ قَبْلَ ظُهُورِ الزَّرْعِ أَوْ قَبْلَ الْبَذْرِ وَبَعْدَ الْحَرْثِ قَالَ ابْنُ مَنْصُورٍ فِي مَسَائِلِهِ: قُلْتُ لِأَحْمَدَ: الْآكَارُ يُرِيدُ أَنْ يَخْرُجَ مِنَ الْأَرْضِ فَيَبِيعَ الزَّرْعَ قَالَ: لَا يَجُوزُ حَتَّى يَبْدُو صِلَاحُهُ قُلْتُ فَيَبِيعُ عَمَلُ يَدَيْهِ وَمَا عَمِلَ فِي الْأَرْضِ وَلَيْسَ فِيهَا زَرْعٌ قَالَ: لَمْ يَجِبْ لَهُ شَيْءٌ بَعْدَ إِثْمَا يَجِبُ بَعْدَ التَّمَامِ قَالَ ابْنُ مَنْصُورٍ: يَقُولُ: يَجِبُ لَهُ بَعْدَ مَا يَبْلُغُ الزَّرْعُ لِمَا أُشْتَرِطَ عَلَيْهِ أَنْ يَعْمَلَ حَتَّى يَفْرُغَ فَأَمَّا أَنْ يَكُونَ يَذْهَبُ عَمَلُ يَدَيْهِ وَمَا أَتَّفَقَ فِي الْأَرْضِ فَلَا وَذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا أَخْرَجَهُ صَاحِبُهُ أَوْ خَرَجَ بِإِذْنِهِ فَإِذَا خَرَجَ مِنْ ذَاتِ نَفْسِهِ فَلَيْسَ لَهُ شَيْءٌ أَنْتَهَى. فَحَمَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ قَوْلَ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ عَلَى مَا إِذَا خَرَجَ بِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ مُعْرَضٌ عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ مِنَ الْأَرْضِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَخْرَجَهُ الْمَالِكُ أَوْ خَرَجَ بِإِذْنِهِ وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُ تَجِبُ لَهُ أَجْرُهُ عَمَلِهِ يَدَيْهِ وَمَا أَتَّفَقَ عَلَى الْأَرْضِ مِنْ مَالِهِ مِنْ أَنْ كَلَامَ أَحْمَدَ قَدْ يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّهُ لَا يَبِيعُ أَثَارَ عَمَلِهِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ أَعْيَانًا وَهَذَا لَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِيهَا بِالْكُلِّيَّةِ وَلِهَذَا نَقُولُ فِي أَثَارِ الْغَاصِبِ إِنَّهُ يَكُونُ شَرِيكًا بِهَا عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ وَالْمُفْلِسُ وَنَحْوُهُ لَا خِلَافَ فِيهِ مَعَ أَنَّ الْقَاضِيَّ قَالَ فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ: قِيَاسُ الْمَذْهَبِ جَوَازُ بَيْعِ

الْعِمَارَةُ الَّتِي هِيَ الْإِثَارَةُ وَيَكُونُ شَرِيكَاً فِي الْأَرْضِ بِعِمَارَتِهِ وَأَفْتَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ فِيمَنْ زَارَعَ رَجُلًا عَلَى مَزْرَعَةٍ بُسْتَانِهِ ثُمَّ أَجَرَهَا هَلْ تَبْطُلُ الْمَزْرَعَةُ أَنَّهُ إِنْ زَارَعَهُ مَزْرَعَةً لَازِمَةً لَمْ تَبْطُلْ بِالْإِجَارَةِ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَازِمَةً أُعْطِيَ الْفَلَّاحُ أَجْرُهُ عَمَلِهِ وَأَفْتَى أَيْضًا فِي رَجُلٍ زَرَعَ أَرْضًا وَكَانَتْ بَوَارًا وَحَرَّتْهَا فَهَلْ لَهُ إِذَا خَرَجَ مِنْهَا فَلَاحُهَا أَنَّهُ إِنْ كَانَ لَهُ فِي الْأَرْضِ فِلَاحَةٌ لَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا فَلَهُ قِيمَتُهَا عَلَى مَنْ انْتَفَعَ بِهَا فَإِنْ كَانَ الْمَالِكُ انْتَفَعَ بِهَا وَأَخَذَ عِوَضًا عَنْهَا مِنَ الْمُسْتَأْجِرَةِ فَضَمَّانَهَا عَلَيْهِ وَإِنْ أَخَذَ الْأَجْرَةَ عَنِ الْأَرْضِ وَحَدَّاهَا فَضَمَّانُ الْفِلَاحَةِ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ الْمُتَنَفِّعِ بِهَا وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ صَالِحَةٍ فِيمَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا مَعْلُومَةً وَشَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ يَرُدَّهَا مَفْلُوحَةً كَمَا أَخَذَهَا أَنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيْهِ كَمَا شَرَطَ وَيَتَخَرَّجُ مِثْلُ ذَلِكَ فِي الْمَزْرَعَةِ.

وَمِنْهَا: الْمُضَارَبَةُ تَنْفَسَخُ بِفَسْخِ الْمَالِكِ لَهَا وَلَوْ كَانَ الْمَالُ عَرْضًا وَلَكِنْ لِلْمُضَارِبِ بَيْعُهُ بَعْدَ الْفَسْخِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِ بِرَبْحِهِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامَ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ الشَّيْخِ ابْنِ مَنْصُورٍ وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي بَابِ الشَّرِكَةِ أَنَّ الْمُضَارِبَ لَا يَنْعَزِلُ مَا دَامَ عَرْضًا بَلْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ حَتَّى يَنْضَ رَأْسُ [الْمَالِ] وَلَيْسَ لِلْمَالِكِ عَزْلُهُ وَإِنَّ هَذَا ظَاهِرٌ كَلَامَ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ وَذَكَرَا فِي الْمُضَارَبَةِ أَنَّهُ يَنْعَزِلُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الشَّرَاءِ دُونَ الْبَيْعِ وَحَمَلَ صَاحِبُ الْمُعْنَى مُطْلَقَ كَلَامِهِمَا فِي الشَّرِكَةِ عَلَى هَذَا التَّقْيِيدِ وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْمُضَارِبَ بَعْدَ الْفَسْخِ يَمْلِكُ تَضْيِيقَ الْمَالِ وَلَيْسَ لِلْمَالِكِ مَنَعُهُ مِنْ ذَلِكَ إِذَا كَانَ فِيهِ رِبْحٌ لَكِنْ ابْنُ عَقِيلٍ صَرَّحَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ بِأَنَّ الْعَامِلَ لَا يَمْلِكُ الْفَسْخَ حَتَّى يَنْضَ رَأْسُ الْمَالِ مُرَاعَاةً لِحَقِّ مَالِكِهِ ثُمَّ قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ إِذَا قَصَدَ الْمَالِكُ بَعْزَ الْحِيلَةِ لِقِطَاعِ الرِّبْحِ مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَ مَتَاعًا يَرْجُو بِهِ الرِّبْحَ فِي مَوْسِمٍ فَيَنْفَسَخُ قَبْلَهُ لِيَقُومَهُ بِسَعْرِ يَوْمِهِ وَيَأْخُذَهُ لَمْ يَنْفَسَخْ فِي حَقِّ الْمُضَارِبِ فِي الرِّبْحِ وَإِذَا جَاءَ الْمَوْسِمُ أَخَذَ حِصَّتَهُ مِنْهُ فَجَعَلَ الْعَقْدَ بَاقِيًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى اسْتِحْقَاقِ نَصِيبِهِ مِنَ الرِّبْحِ الَّذِي أَرَادَ الْمَالِكُ إِسْقَاطَهُ بَعْدَ انْعِقَادِ سَبَبِهِ بِعَمَلِ الْمُضَارِبِ فَهُوَ كَالْفَسْخِ بَعْدَ ظُهُورِ الرِّبْحِ وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ أَيْضًا فِي بَابِ الْجِعَالَةِ: الْمُضَارَبَةُ كَالْجِعَالَةِ لَا يَمْلِكُ رَبُّ الْمَالِ فُسْخَهَا بَعْدَ تَلَبُّسِ الْعَامِلِ بِالْعَمَلِ وَأَطْلَقَ ذَلِكَ وَقَالَ فِي مُفْرَدَاتِهِ: إِنَّمَا يَمْلِكُ الْمُضَارِبُ الْفَسْخَ بَعْدَ أَنْ يَنْضَ رَأْسُ الْمَالِ وَيَعْلَمَ رَبُّ الْمَالِ أَنَّهُ أَرَادَ الْفَسْخَ لِثَلَاثٍ يَتِمَادَى بِهِ الزَّمَانُ فَيَتَعَطَّلُ عَلَيْهِ الْأَرْبَاحُ. قَالَ: وَهَذَا هُوَ دَوْرَانُ بِمَذْهَبِنَا وَأَنَّهُ لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ الْمُتَعَاقِدِينَ فِي الشَّرِكَةِ وَالْمُضَارِبَاتِ الْفَسْخَ مَعَ كَتْمِ شَرِيكِهِ لِأَنَّهُ ذَرِيعَةٌ إِلَى غَايَةِ الْإِضْرَارِ وَهُوَ تَعَطُّيلُ الْمَالِ عَنِ الْفَوَائِدِ وَالْأَرْبَاحِ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ عِنْدَنَا فُسْخَهَا وَرَأْسُ الْمَالِ قَدْ صَارَ

عَرُوضًا لَكِنْ إِذَا بَاعَ وَنَضَّ^(١) رَأْسَ الْمَالِ يَنْفَسَخُ أَنْتَهَى. وَحَاصِلُهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْمُضَارِبِ الْفُسْخُ حَتَّى يَنْضَ رَأْسَ الْمَالِ وَيَعْلَمَ بِهِ رَبُّهُ لِئَلَّا يَتَضَرَّرَ بِتَعْطِيلِ مَالِهِ عَنِ الرَّبْحِ كَمَا ذَكَرَ أَنَّهُ فِي الْفُضُولِ أَنَّ الْمَالِكَ لَا يَمْلِكُ الْفُسْخَ إِذَا تَوَجَّهَ الْمَالُ إِلَى الرَّبْحِ وَلَا يَسْقُطُ بِهِ حَقُّ الْعَامِلِ، وَهُوَ حَسَنٌ جَارٍ عَلَى قَوَاعِدِ الْمَذْهَبِ فِي اعْتِبَارِ الْمَقَاصِدِ وَسَدِّ الذَّرَائِعِ وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنَّ الْمُضَارِبَ إِذَا ضَارَبَ لِأَخَرٍ مِنْ غَيْرِ عِلْمِ الْأَوَّلِ وَكَانَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ رَدَّ حَقَّهُ مِنَ الرَّبْحِ فِي شَرَكَةِ الْأَوَّلِ مَعَ مُخَالَفَتِهِ لِإِطْلَاقِ الْأَكْثَرِينَ أَنَّهُ إِذَا فُسَخَ قَبْلَ الظُّهُورِ فَلَا شَيْءَ لَهُ وَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ فِي بَابِ الْجِعَالَةِ فَفِيهِ بَعْدٌ إِلَّا أَنَّ يُنْزَلَ عَلَى مِثْلِ هَذَا الْحَالِ مَعَ أَنَّ الْقَاضِي ذَكَرَ مِثْلَهُ أَيْضًا فِي بَابِ الْجِعَالَةِ.

وَمِنْهَا: الشَّرَكَةُ إِذَا فُسَخَ أَحَدُهُمَا عَقْدَهَا بِالْقَوْلِ انْفَسَخَتْ وَإِنْ قَالَ الْآخَرُ: عَزَلْتُكَ أَنْعَزَلُ الْمَعْزُولُ وَحْدَهُ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَيَنْفَسَخُ مَعَ كَوْنِ الْمَالِ عَرُوضًا أَوْ نَاضًا وَحَكَى صَاحِبُ التَّلْخِيصِ رَوَايَةً أُخْرَى لَا يَنْعَزَلُ حَتَّى يَنْضَ الْمَالُ كَالْمُضَارِبِ قَالَ: وَهُوَ الْمَذْهَبُ وَفَرَّقَ بَيْنَ الشَّرِيكِ وَكَيْلٍ وَالرَّيْحِ يَدْخُلُ تَبَعًا بِخِلَافِ حَقِّ الْمُضَارِبِ فَإِنَّهُ أَصْلِيٌّ وَلَا يَدْخُلُ بِدُونِ الْبَيْعِ.

وَمِنْهَا: الْوَكِيلُ إِذَا وَكَّلَهُ فِي فِعْلٍ شَيْءٌ ثُمَّ عَزَلَهُ وَتَصَرَّفَ قَبْلَ الْعِلْمِ تَصَرُّفًا يُوجِبُ الضَّمَانَ فَهَلْ يَضْمَنُهُ الْمُوَكَّلُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ مَذْكُورَانِ فِيمَا إِذَا وَكَّلَهُ فِي اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ^(٢) ثُمَّ عَزَلَهُ فَاسْتَوْفَاهُ قَبْلَ الْعِلْمِ^(٣) قَالَ أَبُو بَكْرٍ: لَا ضَمَانَ عَلَى الْوَكِيلِ فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: لِعَدَمِ تَقْرِيبِهِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لِأَنَّ عَفْوَ مُوَكَّلِهِ لَمْ يَصِحَّ حَيْثُ حَصَلَ عَلَى وَجْهِ لَا يُمَكِّنُ اسْتِدْرَاكَهُ فَهُوَ كَمَا لَوْ عَفَى بَعْدَ الرَّمْيِ، قَالَ أَبُو بَكْرٍ: وَهَلْ يَلْزَمُ الْمُوَكَّلُ الضَّمَانَ؟ عَلَى قَوْلَيْنِ: أَحَدُهُمَا: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَوَجْهٌ بَأَنَّ عَفْوَهُ لَمْ يَصِحَّ كَمَا ذَكَرْنَا وَبِأَنَّهُ مُحْسِنٌ بِالْعَفْوِ فَلَا يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ بِهِ. وَالثَّانِي: عَلَيْهِ الضَّمَانُ لِأَنَّهُ سَلَطَهُ عَلَى قَتْلِ مَعْصُومٍ لَا يَعْلَمُ بِعِصْمَتِهِ فَكَانَ الضَّمَانُ عَلَيْهِ كَمَا لَوْ أَمَرَ بِالْقَتْلِ مَنْ لَا يَعْلَمُ تَحْرِيمَهُ فَقَتَلَ كَانَ الضَّمَانُ عَلَى الْأَمْرِ وَلِلْأَصْحَابِ طَرِيقَةٌ ثَانِيَةٌ وَهِيَ الْبِنَاءُ عَلَى انْعِزَالِ الْوَكِيلِ قَبْلَ الْعِلْمِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَنْعَزِلُ لَمْ

(١) النَّضُّ: الدرهم الصامت، والناض من المتاع: ما تحول ورقا أو عينا، وفي حديث عمر رضى الله عنه: فكان يأخذ الزكاة من ناض المال: وهو ما كان ذهباً أو فضة عينا أو ورقا. لسان العرب (٢٣٧/٧)، غنار الصحاح (٢٧٧/١).

(٢) من فتاوى الإمام البغوى أن الوكيل فى استيفاء القصاص إذا قال: قتلت لا عن جهة الموكل بل لغرض نفس لزمه القصاص ويتصل حق الموكل للتركة. المنشور (٣٠٣/١)، وفتاوى ابن الصلاح فتوى رقم (١٠٨٠) ح (٦٩٢/٢).

(٣) فى هذه الحالة لا شىء على الوكيل. التمهيد (٤٩٢/١).

يَصِحُّ الْعَفْوُ فَيَقَعُ الْقِصَاصُ مُسْتَحَقًّا لَا ضَمَانَ فِيهِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَنْعَزِلُ صَحَّ الْعَفْوُ وَضَمِنَ الْوَكِيلُ كَمَا لَوْ قُتِلَ مُرْتَدًّا وَكَانَ [قَدْ] أَسْلَمَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ وَهَلْ يَرْجِعُ عَلَى الْمُوَكَّلِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يَرْجِعُ لِتَغْيِيرِهِ. وَالثَّانِي: لَا لِأَنَّ الْعَفْوَ إِحْسَانٌ مِنْهُ لَا يَقْتَضِي الضَّمَانَ وَعَلَى هَذَا فَالِدِيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْوَكِيلِ عِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ لِأَنَّهُ عَمْدٌ وَهُوَ بَعِيدٌ. وَقَدْ يُقَالُ: هُوَ شَيْءٌ عَمِلَ كَذَا حَكَمَ صَاحِبُ الْمُغْنِي، وَلِلْأَصْحَابِ طَرِيقَةٌ ثَالِثَةٌ وَهِيَ أَنَّ قُلْنَا: لَا يَنْعَزِلُ لَمْ يَضْمَنْ الْوَكِيلُ وَهَلْ يَضْمَنُ الْعَاقِي؟ عَلَى وَجْهَيْنِ بِنَاءً عَلَى صِحَّةِ عَفْوِهِ، وَتَرَدُّدًا بَيْنَ تَغْيِيرِهِ وَإِحْسَانِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَنْعَزِلُ لَزِمَتِهِ الدِّيَّةُ. وَهَلْ يَكُونُ فِي مَالِهِ أَوْ عَلَى عَاقِلَتِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ أَبِي الْخَطَّابِ وَصَاحِبِ التَّرْغِيبِ وَزَادُوا إِذَا قُلْنَا: فِي مَالِهِ فَهَلْ يَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْمُوَكَّلِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَلَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ أَوْ وَقَفَهُ أَوْ [فِي] عَتَقَ عَبْدَهُ ثُمَّ عَزَلَهُ ثُمَّ فَعَلَ مَا وَكَّلَهُ فِيهِ قَبْلَ الْعِلْمِ بِعَزْلِهِ فَإِنْ قِيلَ: لَا يَنْعَزِلُ قَبْلَ الْعِلْمِ فَالْتَّصَرُّفُ صَحِيحٌ وَلَا كَلَامٌ وَإِنْ قِيلَ: يَنْعَزِلُ فَالْعَقْدُ بَاطِلٌ وَكَذَلِكَ وَقَفَ الْمُشْتَرِي وَعَتَقَهُ.

وَأَمَّا اسْتِفْلَالُهُ فَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: لَا يَضْمَنُهُ الْوَكِيلُ لِانْتِفَاءِ تَقْرِيبِهِ وَالْمُشْتَرِي مَغْرُورٌ وَفِي تَضْمِينِهِ خِلَافٌ فِي الْمَذْهَبِ وَإِذَا ضَمِنَ رَجَعَ عَلَى الْغَارِ عَلَى الصَّحِيحِ وَالْغَارُ هُنَا لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا انْتَهَى. وَعَلَى الْقَوْلِ بِضَمَانِ الْوَكِيلِ فِي مَسْأَلَةِ اسْتِفْهَاءِ الْقِصَاصِ مِنْ غَيْرِ رُجُوعٍ قَدْ يَتَوَجَّهُ ضَمَانُ الْوَكِيلِ هُنَا وَفِيهِ بَعْدُ أَيْضًا لِأَنَّ الضَّمَانَ هُنَا لَوْ وَجِبَ لَوَجِبَ لِلْغَارِ وَالْغَارُ مِنْ شَأْنِهِ أَنْ يَضْمَنَ لَا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ. وَأَمَّا الْمُشْتَرِي فَهُوَ شَيْءٌ بِالْمُشْتَرِي مِنَ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالْغَصْبِ، وَالْمَعْرُوفُ فِي الْمَذْهَبِ تَضْمِينُهُ لَكِنْ لَا يُمَكِّنُ الرُّجُوعُ هُنَا عَلَى الْوَكِيلِ.

* * *

القاعدةُ الحادية والستون:

الْمُتَصَرِّفُ تَصَرُّفًا عَامًّا عَلَى النَّاسِ كُلِّهِمْ مِنْ غَيْرِ وِلَايَةٍ أَحَدٍ مُعَيَّنٍ وَهُوَ الْإِمَامُ، هَلْ يَكُونُ تَصَرُّفُهُ عَلَيْهِمْ بِطَرِيقِ الْوَكَالَةِ لَهُمْ أَوْ بِطَرِيقِ الْوِلَايَةِ؟ فِي ذَلِكَ وَجْهَانِ وَخَرَجَ الْأَمَدِيُّ رَوَايَتَيْنِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ خَطَأَهُ هَلْ هُوَ عَلَى عَاقِلَتِهِ أَوْ فِي بَيْتِ الْمَالِ، لِأَنَّا إِنْ جَعَلْنَاهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ فَهُوَ مُتَصَرِّفٌ بِنَفْسِهِ وَإِنْ جَعَلْنَاهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ فَهُوَ مُتَصَرِّفٌ بِوَكَالَتِهِمْ لَهُمْ وَعَلَيْهِمْ فَلَا يَضْمَنُ لَهُمْ وَلَا يُهْدَرُ خَطَأُهُ فَيَجِبُ فِي بَيْتِ الْمَالِ وَاخْتِيَارُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ بِالْوَكَالَةِ

لِعُمُومِهِمْ، وَذَكَرَ فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ رَوَاتَيْنِ فِي انْعِقَادِ الْإِمَامَةِ بِمُجَرَّدِ الْقَهْرِ مِنْ غَيْرِ عَقْدٍ وَهَذَا يَحْسُنُ أَنْ يَكُونَ أَصْلًا لِلْخِلَافِ فِي الْوَلَايَةِ وَالْوَكَالَةِ أَيْضًا، وَيَنْبَنِي عَلَى هَذَا الْخِلَافِ أَيْضًا انْعِزَالُهُ بِالْعَزْلِ ذِكْرَهُ الْأَمْدِيُّ فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ وَكِيلٌ فَلَهُ أَنْ يَعْزَلَ نَفْسَهُ وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ وَالْأَمْدِيُّ لَمْ يَنْعَزِلْ بِالْعَزْلِ كَمَا أَنَّ الرَّسُولَ لَيْسَ لَهُ عَزْلُ نَفْسِهِ وَلَا يَنْعَزِلُ بِمَوْتِ مَنْ بَايَعَهُ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ عَنِ الْجَمِيعِ لَا عَنِ أَهْلِ الْبَيْعَةِ وَحَدَهُمْ، وَهَلْ لَهُمْ عَزْلُهُ إِذَا كَانَ بِسُؤَالِهِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ عَزْلِ نَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ سُؤَالِهِ لَمْ يَجْزُ بِغَيْرِ خِلَافٍ، هَذَا [ظَاهِرٌ] مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي ^(١) وَغَيْرُهُ وَأَمَّا مَنْ كَانَ تَصَرُّفُهُ مِنْ تَوَلِيَّتِهِ فَإِنْ كَانَ نَائِبًا عَنْهُ كَالْوَزِيرِ فَإِنَّهُ كَالْوَكِيلِ لَهُ يَنْعَزِلُ بِعَزْلِهِ وَبِمَوْتِهِ وَإِنْ كَانَ نَائِبًا عَنِ الْمُسْلِمِينَ كَالْأَمِيرِ الْعَامِّ لَمْ يَنْعَزِلْ بِمَوْتِ الْإِمَامِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ فَأَمَّا الْقَضَاءُ فَهَلْ هُمْ نَوَابُ الْإِمَامِ أَوْ الْمُسْلِمِينَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ مَعْرُوفَانِ يَنْبَنِي عَلَيْهِمَا جَوَازُ عَزْلِ الْإِمَامِ لَهُ وَعَزْلُهُ لِنَفْسِهِ وَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي فِي الْأَحْكَامِ أَنَّ الْخِلَافَ مُطَرِّدٌ فِي وَلايَةِ الْإِمَارَةِ الْعَامَّةِ عَلَى الْبِلَادِ وَجَبَايَةِ الْخَرَاجِ. وَأَمَّا نَوَابُ الْقَاضِي فَتَوَعَّانُ:

أَحَدُهُمَا: مَنْ وَلايَتُهُ خَاصَّةٌ كَمَنْ فَوَّضَ إِلَيْهِ سَمَاعَ شَهَادَةٍ مُعَيَّنَةٍ أَوْ إِحْضَارَ الْمُسْتَعْدَى عَلَيْهِ فَهُمْ كَالْوَكِلَاءِ يَنْعَزِلُونَ بِعَزْلِهِ وَبِمَوْتِهِ.

وَالثَّانِي: مَنْ وَلايَتُهُ عَامَّةٌ كَخُلَفَائِهِ وَأَمَنَائِهِ عَلَى الْأَطْفَالِ وَنَوَابِهِ عَلَى الْقُرَى فَهَلْ هُمْ بِمَنْزِلَةِ وَكَلَايَةِ أَوْ نَوَابِ الْمُسْلِمِينَ فَلَا يَنْعَزِلُونَ بِمَوْتِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا الْأَمْدِيُّ، وَصَحَّحَ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ عَدَمَ الْانْعِزَالِ، وَحَكَى ابْنُ عَقِيلٍ عَنِ الْأَصْحَابِ أَنَّهُمْ يَنْعَزِلُونَ لِأَنَّهُمْ نَوَابُ الْقَاضِي بِخِلَافِ الْقَضَاءِ فَإِنَّهُمْ نَوَابُ لِلْمُسْلِمِينَ، وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَى الْإِمَامِ نَصْبُ الْقَضَاءِ وَلَا يَجِبُ عَلَى الْقَضَاءِ الْاسْتِنَابَةُ، وَيَجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ الْقَضَاءَ لَيْسَ بِفَرْضٍ كِفَايَةٍ عَلَى رَايَةٍ وَلَا يَجِبُ نَصْبُ قَاضٍ بِالْكُلِّيَّةِ وَإِنَّ الْوُجُوبَ لَا يَتَعَلَّقُ بِمُعَيَّنٍ فَلَا أَثَرَ لَهُ فِي عَدَمِ نَقُوضِ الْعَزْلِ وَلِهَذَا مَنْ عِنْدَهُ وَدَائِعُ وَعَلَيْهِ دِيُونٌ خَفِيَّةٌ يَجِبُ عَلَيْهِ الْوَصِيَّةُ عِنْدَ الْمَوْتِ بِأَدَائِهَا وَلَهُ عَزْلُ الْمُوصَى إِلَيْهِ بِذَلِكَ وَاسْتِنْدَالُهُ، وَأَمَّا الْمُتَصَرِّفُ تَصَرُّفًا خَاصًّا بِتَفْوِضٍ مِنْ لَيْسَ لَهُ وَلايَةٌ عَامَّةٌ فَتَوَعَّانُ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ الْمُفَوَّضُ لَهُ وَلايَةٌ عَلَى مَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ كَوَكِيلِ الْيَتِيمِ وَنَاطِرِ الْوَقْفِ فَإِذَا عَقَدَ عَقْدًا جَائِزًا أَوْ مُتَوَقَّعَ الْإِنْفِسَاخِ كَالشَّرَكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ وَالْوَكَالَةِ وَإِجَارَةِ الْوَقْفِ فَلِئَلَّا لَا تَنْفَسَخُ بِمَوْتِهِ لِأَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ عَلَى غَيْرِهِ لَا عَلَى نَفْسِهِ وَكَذَلِكَ الْوَكِيلُ إِذَا أَدِنَ لَهُ مُوَكَّلُهُ أَنْ

يُوكَّلُ فَيَكُونُ وَكِيلُهُ وَكِيلًا لِمُوكِّلِهِ لَا لَهُ.

وَالثَّانِي: مَنْ يَقْوَضُ حَقُّوقُ نَفْسِهِ فَهَذِهِ وَكَالَةُ مُحَضَّةٌ.

* * *

القاعدة الثانية والستون:

فِيمَا يَنْعَزِلُ قَبْلَ الْعِلْمِ بِالْعَزْلِ، الْمَشْهُورُ أَنَّ كُلَّ مَنْ يَنْعَزِلُ بِمَوْتٍ أَوْ عَزْلٍ هَلْ يَنْعَزِلُ بِمُجَرَّدِ ذَلِكَ أَمْ يَقِفُ عَزْلُهُ عَلَى عِلْمِهِ؟ عَلَى رَوَاتِبَيْنِ. وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْوَكِيلُ وَغَيْرُهُ وَالْإِذْنُ لِلزَّوْجَةِ أَوْ الْعَبْدِ فِيمَا لَا يَمْلِكُ كَانِهِ بِدُونِ إِذْنٍ إِذَا وَجِدَ بَعْدَهُ نَهْيٌ لَمْ يَعْلَمَاهُ مُخْرَجٌ عَلَى الْوَكِيلِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَكَذَلِكَ إِذْنُ الْمُرْتَهِنِ لِلرَّاهِنِ فِي التَّصَرُّفِ إِذَا مُنِعَ مِنْهُ قَبْلَ تَصَرُّفِ الرَّاهِنِ وَلَمْ يَعْلَمْ، وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَكِيلِ وَغَيْرِهِ وَدَخَلَ فِي هَذَا صَوْرًا:

مِنْهَا: الْحَاكِمُ إِذَا قِيلَ بِإِعْزَالِهِ قَالَ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ فِيهِ الْخِلَافُ الَّذِي فِي الْوَكِيلِ. وَفِي التَّلْخِيصِ لَا يَنْعَزِلُ قَبْلَ الْعِلْمِ بِغَيْرِ خِلَافٍ وَرَجَحَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ لِأَنَّ فِي وَلَايَتِهِ حَقًّا لِلَّهِ وَإِنْ قِيلَ: إِنَّهُ وَكِيلٌ فَهُوَ شَيْءٌ يَنْسَخُ الْأَحْكَامَ لَا يَثْبُتُ قَبْلَ بُلُوغِ النَّاسِخِ عَلَى الصَّحِيحِ بِخِلَافِ الْوَكَالَةِ الْمُحَضَّةِ. قَالَ: هَذَا هُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ وَأَيْضًا فَإِنَّ وَلَايَةَ الْقَاضِي عَامَّةٌ لِمَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا مِنْ عُمُومِ الْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ فَتَعْظُمُ الْبُلُوى بِإِبْطَالِهَا قَبْلَ الْعِلْمِ بِخِلَافِ الْوَكَالَةِ.

وَمِنْهَا: عُقُودُ الْمُشَارَكَاتِ كَالشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ، وَالْمَشْهُورُ أَنَّهَا تَنْفَسَخُ قَبْلَ الْعِلْمِ كَالْوَكَالَةِ وَقَدْ ذَكَرْنَا عَنْ ابْنِ عَقِيلٍ فِيمَا سَبَقَ فِي الْمُضَارَبَةِ أَنَّهَا لَا تَنْفَسَخُ بِفَسْخِ الْمُضَارَبِ حَتَّى يَعْلَمْ رَبُّ الْمَالِ.

وَمِنْهَا: الْوَدِيعَةُ، وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي مَوَاضِعَ كَثِيرَةٍ مِنْ خِلَافِهِ أَنَّ لِلْمُودِعِ فَسْخَهَا بِالْقَوْلِ فِي غَيْبَةِ الْمُودِعِ وَتَنْفَسَخُ قَبْلَ عِلْمِ الْمُودِعِ بِالْفُسْخِ وَبَقِيَ فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ كَمَنْ أَطَارَتْ الرِّيحُ إِلَى بَيْتِهِ ثَوْبًا لِغَيْرِهِ، ثُمَّ إِنَّهُ ذَكَرَ فِي مَسْأَلَةِ الْوَكَالَةِ أَنَّ الْوَدِيعَةَ لَا يُلْحَقُهَا الْفُسْخُ بِالْقَوْلِ وَإِنَّمَا تَنْفَسَخُ بِالرَّدِّ إِلَى صَاحِبِهَا أَوْ بِأَنْ يَتَعَدَّى الْمُودِعُ فِيهَا فَلَوْ قَالَ الْمُودِعُ بِمَحْضَرٍ مِنْ رَبِّ الْوَدِيعَةِ أَوْ فِي غَيْبَتِهِ: فَسَخْتُ الْوَدِيعَةَ أَوْ أَرَلْتُ نَفْسَهَا عَنْهَا لَمْ تَنْفَسَخْ قَبْلَ أَنْ يَصِلَ إِلَى صَاحِبِهَا، وَلَمْ يَضْمَنْهَا. فِيمَا أَنْ يَكُونَ هَذَا تَفْرِيقًا بَيْنَ فُسْخِ الْمُودِعِ وَالْمُودِعِ أَوْ يَكُونَ اخْتِلَافًا مِنْهُ فِي الْمَسْأَلَةِ. وَالْأَوَّلُ أَشْبَهُ لَأَنَّ فُسْخَ الْمُودِعِ إِخْرَاجَ لِلْمُودِعِ عَنِ الِاسْتِحْفَاطِ وَهُوَ يَمْلِكُهُ وَأَمَّا الْمُودِعُ فَلَيْسَ لَهُ فِيهَا تَصَرُّفٌ سِوَى الْإِمْسَاكِ وَالْحِفْظِ فَلَا يَصِحُّ أَنْ يَرْفَعَهُ مَعَ

وُجُودِهِ وَيَلْتَحِقُ بِهِذِهِ الْقَاعِدَةُ.

* * *

القاعدةُ الثالثةُ والستونُ:

وَهِيَ أَنَّ مَنْ لَا يُعْتَبَرُ رِضَاهُ لِفَسْخِ عَقْدٍ أَوْ حِلِّهِ لَا يُعْتَبَرُ عِلْمُهُ بِهِ وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ مَسَائِلُ: مِنْهَا الطَّلَاقُ وَمِنْهَا الْخُلْعُ فَإِنَّهُ يَصِحُّ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ عَلَى الْمَذْهَبِ سَوَاءٌ قِيلَ هُوَ فُسْخٌ أَوْ طَلَاقٌ وَلَنَا وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ فُسْخٌ كَالْإِقَالَةِ وَالصَّحِيحُ خِلَافُهُ لِأَنَّ فُسْخَ الْبَيْعِ اللَّازِمِ لَا يَسْتَقِلُّ بِهِ أَحَدُ الْمُتَبَايِعِينَ بِخِلَافِ النِّكَاحِ فَإِنَّ الزَّوْجَ يَسْتَقِلُّ بِإِزَالَتِهِ بِالطَّلَاقِ.

وَمِنْهَا: الْعِتْقُ وَلَوْ كَانَ عَلَى مَالٍ نَحْوَ أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي وَعَلَيَّ ثَمَنُهُ.

وَمِنْهَا: فُسْخُ الْمُعْتَقَةِ تَحْتَ عِبْدِهِ، وَمِنْهَا فُسْخُ الْبَيْعِ الْمَعِيبِ وَالْمُدْلَسِ وَكَذَلِكَ الْإِجَارَةُ.

وَمِنْهَا: فُسْخُ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ بِدُونِ عِلْمِ الْآخَرِ وَقَدْ سَبَقَتْ.

وَمِنْهَا: الْفُسْخُ بِالْخِيَارِ يَمْلِكُهُ مَنْ يَمْلِكُ الْخِيَارَ بِغَيْرِ عِلْمِ الْآخَرِ ^(١) عِنْدَ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ وَخَرَجَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهَا وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ لَا يَنْفَسَخُ إِلَّا أَنْ يَبْلُغَهُ فِي الْمُدَّةِ مِنْ عَزْلِ الْوَكِيلِ وَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ يَتَصَرَّفُ بِالْفُسْخِ لِنَفْسِهِ، وَهَذِهِ الْفُسُوحُ عَلَى ضَرِيئَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: مَا هُوَ مُجْمَعٌ عَلَى ثُبُوتِ أَصْلِ الْفُسْخِ بِهِ فَلَا يَتَوَقَّفُ الْفُسْخُ بِهِ عَلَى حَاكِمٍ كَسَائِرِ مَا ذَكَرْنَا. وَالثَّانِي: مَا هُوَ مُخْتَلَفٌ فِيهِ كَالْفُسْخِ بِالْعِنَّةِ وَالْعِيُوبِ فِي الزَّوْجِ وَغَيْبَتِهِ وَنَحْوِ ذَلِكَ فَيَفْتَقِرُ إِلَى حُكْمٍ حَاكِمٍ لِأَنَّهَا أُمُورٌ اجْتِهَادِيَّةٌ فَإِنْ كَانَ الْخِلَافُ ضَعِيفًا يَسُوعُ نَقْضُ الْحُكْمِ بِهِ لَمْ يَفْتَقِرِ الْفُسْخُ بِهِ إِلَى حُكْمٍ حَاكِمٍ وَيَتَفَرَّغُ عَلَى ذَلِكَ أَخْذُ بَائِعِ الْمُفْلِسِ سِلْعَتَهُ إِذَا وَجَدَهَا بِعَيْنِهَا وَفِيهِ وَجْهَانِ بِنَاءٍ عَلَى نَقْضِ الْحُكْمِ بِخِلَافِهِ وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةٍ لِإِسْمَاعِيلَ بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ لَهُ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ تَزَوُّجُ امْرَأَةِ الْمَفْقُودِ ^(٢) فَإِنْ فِي تَوَقُّفِ فُسْخِ نِكَاحِهَا عَلَى الْحَاكِمِ رَوَايَتَيْنِ، قَالَ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ: تَزَوُّجٌ وَإِنْ لَمْ تَأْتِ السُّلْطَانُ وَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ تَأْتِيَهُ وَلَعَلَّهُ رَأَى الْحُكْمَ بِخِلَافِهِ لَا يَسُوعُ لِأَنَّهُ إِجْمَاعُ عُمَرَاءِ وَالصَّحَابَةِ، وَرَجَّحَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّ جَمِيعَ الْفُسُوحِ لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى حَاكِمٍ.

* * *

(١) أَيْ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى حَضُورِهِ وَلَا قَضَاءِ الْقَاضِي، وَاشْتَرَطَ الْإِمَامُ أَبُو حَنِيفَةَ حَضُورَ الْخَصْمِ. الْقَوَائِنُ الْفَقْهِيَّةُ (١/١٨٠).

(٢) عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ إِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ التَّرِيصِ فَبَانَ زَوْجُهَا مَيْتًا صَبَحَ عَلَى الْجَدِيدِ. مُغْنِي الْمَحْتَاجِ (٣/١٧٩).

القاعدة الرابعة والستون:

مَنْ تَوَقَّفَ نَفْوَ تَصَرُّفِهِ أَوْ سَقُوطُ الضَّمَانِ أَوْ الْحِنْثِ عَنْهُ عَلَى الْإِذْنِ فَتَصَرَّفَ قَبْلَ الْعِلْمِ بِهِ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّ الْإِذْنَ كَانَ مَوْجُودًا هَلْ يَكُونُ كَتَصَرُّفِ الْمَادُونِ لَهُ أَوْ لَا؟ فِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَانِ تَخْرُجُ عَلَيْهِمَا صُورٌ:

مِنْهَا: لَوْ تَصَرَّفَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِعَقْدٍ أَوْ غَيْرِهِ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ أَذِنَ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ هَلْ يَصِحُّ أَمْ لَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ إِنْ خَرَجْتَ بِغَيْرِ إِذْنِي فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ أَذِنَ لَهَا وَلَمْ تَعْلَمْ بِإِذْنِهِ فَخَرَجَتْ فَهَلْ تَطْلُقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ: وَأَشْهُرُهُمَا - هُوَ الْمَنْصُوصُ - أَنَّهَا تَطْلُقُ لِأَنَّ الْمُحْلُوفَ عَلَيْهِ قَدْ وَجَدَ وَهُوَ خُرُوجُهَا عَلَى وَجْهِ الْمُشَافَةِ وَالْمُخَالَفَةِ فَإِنَّهَا أَقْدَمَتْ عَلَى ذَلِكَ وَلَازِمٌ الْإِذْنُ هُنَا إِبَاحَةً بَعْدَ حَظَرٍ فَلَا يَثْبُتُ فِي حَقِّهَا بِدُونِ عِلْمِهَا كِبَاحَةِ الشَّرْعِ، وَلَا يَبِي الْخَطَّابِ فِي الْإِنْتِصَارِ طَرِيقَةً ثَانِيَةً وَهِيَ أَنَّ دَعْوَاهُ الْإِذْنَ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ لَوْفُوعِ الطَّلَاقِ فِي الظَّاهِرِ فَلَوْ أَشْهَدَ عَلَى الْإِذْنِ لَنَفَعَهُ ذَلِكَ وَلَمْ تَطْلُقْ وَهَذَا ضَعِيفٌ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَذِنَ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي فِي مَدَّةِ الْخِيَارِ فِي التَّصَرُّفِ فَتَصَرَّفَ بَعْدَ الْإِذْنِ وَقَبْلَ الْعِلْمِ فَهَلْ يَنْفَعُ أَمْ لَا؟ يَخْرُجُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي التَّوَكُّيلِ وَأَوَّلَى وَجَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِعَدَمِ النَّفْوَ.

وَمِنْهَا: لَوْ غَضِبَ طَعَامًا مِنْ إِنْسَانٍ ثُمَّ أَبَاحَهُ لَهُ الْمَالِكُ ثُمَّ أَكَلَهُ الْغَاصِبُ غَيْرَ عَالِمٍ بِالْإِذْنِ ضَمِنَ ذِكْرُهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الْإِنْتِصَارِ وَهُوَ بَعِيدٌ جِدًّا وَالصَّوَابُ الْجَزْمُ بِعَدَمِ الضَّمَانِ لِأَنَّ الضَّمَانَ لَا يَثْبُتُ بِمَجَرَّدِ الْإِعْتِقَادِ فِيمَا لَيْسَ بِمَضْمُونٍ كَمَنْ وَطِئَ امْرَأَةً يَظُنُّهَا أَجْنَبِيَّةً فَتَبَيَّنَتْ زَوْجَتُهُ^(١) فَإِنَّهُ لَا مَهْرَ عَلَيْهِ وَلَا عِبْرَةَ بِاسْتِصْحَابِ أَصْلِ الضَّمَانِ مَعَ زَوَالِ سَبَبِهِ كَمَا أَنَّهُ لَوْ أَكَلَ فِي الصَّوْمِ يَظُنُّ الشَّمْسَ لَمْ تَغْرُبْ فَتَبَيَّنَ أَنَّهَا كَانَتْ غَرَبَتْ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الْقَضَاءُ وَيَلْتَحِقُ بِهِ.

* * *

القاعدة الخامسة والستون:

وَهِيَ مَنْ تَصَرَّفَ فِي شَيْءٍ يَظُنُّ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ يَمْلِكُهُ، وَفِيهَا خِلَافٌ أَيْضًا

(١) فإنه لا أثم عليه لأنه أتى مباحًا له، إلا إذا كان مستهلاً للزنى فإنه يائمه بتلك النية. الأحكام لابن حزم (٣٠١/٦).

وَيَنْدَرُجُ تَحْتَهَا صُورٌ:

مِنْهَا: لَوْ بَاعَ مَلِكٌ أَبِيهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّ أَبَاهُ كَانَ قَدْ مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ وَفِي صِحَّةٍ تَصَرُّفِهِ وَجِهَانٍ وَيُقَالُ رَوَّابَتَانِ.

وَمِنْهَا: لَوْ طَلَّقَ امْرَأَةً يَظُنُّهَا أَعْجَنِيَّةً فَتَبَيَّنَتْ زَوْجَتُهُ فَفِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ رَوَّابَتَانِ، وَبَنَاهُمَا أَبُو بَكْرٍ عَلَى أَنَّ الصَّرِيحَ هَلْ يَحْتَاجُ إِلَى نَبِيٍّ أَمْ لَا؟ قَالَ الْقَاضِي: إِنَّمَا هَذَا الْخِلَافُ فِي صُورَةِ الْجَهْلِ بِأَهْلِيَّةِ الْمَحَلِّ وَلَا يَطْرُدُ مَعَ الْعِلْمِ بِهِ

وَمِنْهَا: لَوْ لَقِيَ امْرَأَةً فِي الطَّرِيقِ فَقَالَ: تَنْحِي بَا حُرَّةٌ فَإِذَا هِيَ أُمَّتُهُ وَفِيهَا الْخِلَافُ أَيْضًا، وَنَصَّ أَحْمَدٌ عَلَى ذَلِكَ وَفِي الْمَعْنَى احْتِمَالُ التَّفْرِيقِ لِأَنَّ هَذَا يُقَالُ كَثِيرًا فِي الطَّرِيقِ وَلَا يُرَادُّ بِهِ الْعِتْقُ. وَهَذَا مَعَ إِطْلَاقِ الْقَصْدِ فَأَمَّا إِنْ قَصَدَ بِهِ الْمَدْحَ بِالْعِفَّةِ وَنَحْوَهَا فَلَيْسَتْ مِنَ الْمَسْأَلَةِ بِشَيْءٍ وَيَتَنَزَّلُ الْخِلَافُ فِي هَذَا عَلَى [أَنَّ] الرِّضَا بِغَيْرِ الْمَعْلُومِ هَلْ هُوَ رِضَى مُعْتَبَرٌ وَلَا ظَهَرَ عَدَمُ اعْتِبَارِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ مِائَةِ دِرْهَمٍ مَثَلًا مُعْتَقِدًا أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ [عَلَيْهِ] ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ مِائَةُ دِرْهَمٍ وَفِيهَا الْوَجْهَانِ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَرَحَهُ جُرْحًا لَا قِصَاصَ فِيهِ فَعَفَا عَنِ الْقِصَاصِ وَسِرَّائِهِ ثُمَّ سَرَى إِلَى نَفْسِهِ فَهَلْ يَسْقُطُ الْقِصَاصُ؟ يُخْرَجُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ فِي تَعْلِيلِهِ عَلَى الْهَدَايَةِ وَبَنَاهُ عَلَى أَنَّ الْقِصَاصَ هَلْ يَجِبُ لِلْمَيِّتِ أَوْ لَوَرَّثِهِ كَالدِّيَّةِ، وَجَزَمَ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ بِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْعَفْوُ هَهُنَا.

وَمِنْهَا: لَوْ تَزَوَّجَتْ امْرَأَةٌ الْمَفْقُودَ قَبْلَ الزَّمَانِ الْمُعْتَبَرِ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ مَيِّتًا قَبْلَ ذَلِكَ بِمُدَّةٍ تَنْقُضِي فِيهَا الْعِدَّةَ أَوْ أَنَّهُ كَانَ طَلَّقَهَا فَفِي صِحَّةِ النِّكَاحِ الْوَجْهَانِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَرَجَّحَ صَاحِبُ الْمَعْنَى عَدَمَ الصَّحَّةِ هُنَا لِفَقْدِ شَرْطِ النِّكَاحِ فِي الْإِبْدَاءِ كَمَا لَوْ تَزَوَّجَتْ الْمُرْتَابَةُ قَبْلَ زَوَالِ الرِّبَّةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَمَرَهُ غَيْرُهُ بِإِعْتِقَاقِ عَبْدٍ يَظُنُّ أَنَّهُ لِلْأَمْرِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ عَبْدُهُ فَفِي التَّلْخِصِ يَحْتَمِلُ تَخْرِيجُهُ عَلَى مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا فِي ظُلْمَةٍ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ عَبْدُهُ، لَكِنْ يَرْجِعُ هُنَا عَلَى الْأَمْرِ بِالْقِيمَةِ لِتَغْيِيرِهِ لَهُ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَنْقُذَ لِتَغْيِيرِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَغْرِرْهُ أَحَدٌ فَإِنَّهُ غَيْرُ مَعْدُورٍ فَيَنْقُذُ عَنْقَهُ لِمُصَادَفَتِهِ مِلْكَهُ إِذِ الْمُخَاطَبَةُ بِالْعِتْقِ لِعَبْدٍ غَيْرِهِ شَيْءٌ يَعْنِي الْهَازِلَ وَالْمُتَلَاعِبَ فَيَنْقُذُ، وَكَذَلِكَ فِي الطَّلَاقِ وَنَظِيرُهُ هَذِهِ فِي الطَّلَاقِ أَنْ يُوكَلَهُ شَخْصٌ فِي تَطْلِيقِ زَوْجَتِهِ وَيُشِيرُ إِلَى

امْرَأَةً مُعَيَّنَةً فَيُطَلِّقُهَا ظَانًّا أَنَّهَا امْرَأَةُ الْمُوَكَّلِ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهَا امْرَأَتُهُ. وَقَدْ تُخْرَجُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى مَسْأَلَةٍ مَا إِذَا نَادَى امْرَأَةً فَاجَابَتْهُ امْرَأَتُهُ الْأُخْرَى فطَلَّقَهَا بِنَوِي الْمُنَادَاةِ فَإِنَّهُ تَطَلَّقُ الْمُنَادَاةُ وَحَدَهَا وَلَا تَطَلَّقُ الْمُوَاجَهَةُ فِي الْبَاطِنِ وَفِي الظَّاهِرِ رَوَايَتَانِ، فَعَلَى هَذَا لَا تَطَلَّقُ الْمُوَكَّلُ فِي طَلَاقِهَا هُنَا وَقَدْ يَفْرَقُ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الطَّلَاقَ هُنَا انْصَرَفَ إِلَى جِهَةٍ مَقْصُودَةٍ فَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى صَرْفِهِ إِلَى غَيْرِ الْمَقْصُودِ وَإِنْ كَانَتْ مُوَاجَهَةً بِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ جِهَةٌ سِوَى الْمُوَاجَهَةِ فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَصِيرُ يَصْرِفُهُ عَنْهَا هَزَلًا وَلَعِبًا وَلَا هَزَلَ فِي الطَّلَاقِ.

وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى آيَقًا يَظُنُّ أَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَحْصِيلِهِ فَبَانَ بِخِلَافِهِ فِيهِ صِحَّةُ الْعَقْدِ وَجَهَانِ لَا عَيْتَاقَهُ فَقَدْ شَرَطَ الصَّحَّةَ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي الْبَاطِنِ وَفِي الْمَغْنِيِّ احْتِمَالٌ ثَالِثٌ بِالْفَرْقِ بَيْنَ مَنْ يَعْلَمُ أَنَّ الْبَيْعَ يَفْسُدُ بِالْعَجْزِ عَنْ تَسْلِيمِ الْمَبْعُوعِ فَيَفْسُدُ الْبَيْعُ فِي حَقِّهِ لِأَنَّهُ مُتْلَاعِبٌ، وَبَيْنَ مَنْ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ فَيَصِحُّ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْدَمْ عَلَى مَا يَعْتَقِدُهُ بَاطِلًا وَقَدْ تَبَيَّنَ وُجُودُ شَرَطِ صِحَّتِهِ. وَهَذَا يُبَيِّنُ أَنَّ لِلْمَسْأَلَةِ التَّفَاتَا إِلَى مَسْأَلَةِ بَيْعِ الْهَازِلِ وَالْمَشْهُورُ بِطُلَانِهِ^(١) وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي. وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ هُوَ صَحِيحٌ وَهَذَا يَرْجَحُ وَجْهَ بَطْلَانِ الْبَيْعِ فِي الْمَسَائِلِ الْمَبْدُوءَةِ بِهَا.

* * *

القاعدة السادسة والستون:

وَلَوْ تَصَرَّفَ مُسْتَنَدًا إِلَى سَبَبٍ ثُمَّ تَبَيَّنَ خَطْؤُهُ فِيهِ وَأَنَّ السَّبَبَ الْمُعْتَمَدَ غَيْرُهُ وَهُوَ مَوْجُودٌ فَهُوَ نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ الاسْتِنَادُ إِلَى مَا ظَنَّهُ صَحِيحًا أَيْضًا فَالْتَّصَرُّفُ صَحِيحٌ مِثْلُ أَنْ يَسْتَدِلَّ عَلَى الْقِبْلَةِ بِنَجْمٍ يَظُنُّهُ الْجَدِي ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ نَجْمٌ آخَرُ مُسَامَتُهُ.

وَالثَّانِي: أَنْ لَا يَكُونَ مَا ظَنَّهُ مُسْتَدَلًّا [اسْتِنَادًا] صَحِيحًا مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَ شَيْئًا وَيَتَصَرَّفَ فِيهِ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّ الشِّرَاءَ كَانَ فَاسِدًا وَأَنَّهُ وَرِثَ تِلْكَ الْعَيْنِ فَإِنْ قُلْنَا فِي الْقَاعِدَةِ الْأُولَى: بِالصَّحَّةِ فَهَذَا أُولَى، وَإِنْ قُلْنَا: ثُمَّ بِالْبَطْلَانِ فَيَحْتَمِلُ هُنَا الصَّحَّةُ لِأَنَّهُ اسْتَدَّ إِلَى سَبَبٍ مُسَوِّغٍ وَكَانَ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ لَهُ مُسَوِّغٌ غَيْرُهُ فَاسْتَدَّ التَّصَرُّفُ إِلَى مُسَوِّغٍ فِي الْبَاطِنِ وَالظَّاهِرِ بِخِلَافِ الْقِسْمِ الَّذِي قَبْلَهُ ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِي الدِّينِ [رَحِمَهُ اللَّهُ]. وَالْمَذْهَبُ هُنَا الصَّحَّةُ بِلَا رَيْبٍ لِأَنَّ أَصْحَابَنَا اخْتَلَفُوا فِيمَا إِذَا وَهَبَ الْغَاصِبُ الْمَغْصُوبَ مِنْ مَالِكِهِ وَأَقْبَضَهُ لِيَأْهُ هَلْ يَبْرَأُ بِهِ أَمْ لَا؟ وَحَكَى

(١) لأنه متكلم بكلام البيع لا على إرادة حقيقته، فلم يوجد الرضا. بدائع الصنائع (١٧٦/٥).

فِيهِ ابْنُ أَبِي مُوسَى رَوَيْتَيْنِ وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ نَصًّا عَلَيْهِ أَحْمَدُ مُعَلَّلًا بِأَنَّهُ يَحْمِلُ مِثْلَهُ وَرَبَّمَا كَافَاهُ عَلَى ذَلِكَ وَاخْتَارَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَصَاحِبُ الْمُعْنِي أَنَّهُ يَبْرَأُ لِأَنَّ الْمَالِكَ تَسَلَّمَهُ تَسْلِيمًا تَامًا وَعَادَتْ سُلْطَتُهُ إِلَيْهِ فَبَرِئَ [الغاصب] بِخِلَافِ مَا إِذَا قَدَّمَهُ إِلَيْهِ فَآكَلَهُ فَإِنَّهُ أَبَاحَهُ إِيَّاهُ وَلَمْ يَمْلِكْهُ [إِيَّاهُ] فَلَمْ يَعُدْ إِلَى سُلْطَتِهِ وَتَصَرَّفَ وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَهَذَا اتِّفَاقٌ مِنْ أَحْمَدَ وَأَصْحَابِهِ عَلَى أَنَّ تَصَرُّفَاتِ الْمَالِكِ تَعُودُ إِلَيْهِ بِعَوْدِ مِلْكِهِ عَلَى طَرِيقِ الْهَبَةِ مِنَ الْغَاصِبِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْحَالِ.

* * *

القاعدة السابعة والستون:

مَنْ اسْتَحَقَّ الرُّجُوعَ بِعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ يَفْسَخُ أَوْ غَيْرِهِ وَكَانَ قَدْ رَجَعَ إِلَيْهِ ذَلِكَ الْحَقُّ بِهَبَةٍ أَوْ إِبْرَاءٍ مِمَّنْ يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ الرُّجُوعُ فَهَلْ يَسْتَحِقُّ الرُّجُوعَ بِدَلِّهِ أَمْ لَا؟ فِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَانِ وَلَهَا صُورٌ:

مِنْهَا: بَاعَ عَيْنًا ثُمَّ وَهَبَ ثَمَنَهَا لِلْمُشْتَرِي أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْهُ ثُمَّ بَانَ بِهَا عَيْبٌ يُوجِبُ الرَّدَّ فَهَلْ لَهُ رَدُّهَا وَالْمُطَالَبَةُ بِالثَّمَنِ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ. وَكَذَا لَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ بَعْضِ الثَّمَنِ فَهَلْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِقَدْرِ مَا أَبْرَأَهُ مِنْهُ؟ عَلَى الْوَجْهَيْنِ، وَاخْتَارَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَنَّهُ إِذَا رَدَّهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ مِمَّا أَبْرَأَهُ مِنْهُ وَيَتَخَرَّجُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْهَبَةِ وَالْإِبْرَاءِ فَيَرْجِعُ بِالْهَبَةِ دُونَ الْإِبْرَاءِ وَسَنَذْكُرُ أَصْلَهُ وَلَوْ ظَهَرَ هَذَا الْمِيعُ [مَعِينًا] بَعْدَ أَنْ تَعَيَّبَ عِنْدَهُ فَهَلْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِأَرْشِ الْعَيْبِ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: يُخَرِّجُهُ عَلَى الْخِلَافِ فِي رَدِّهِ وَالْأُخْرَى يَمْنَعُ الْمُطَالَبَةَ هُنَا وَجْهًا وَاحِدًا وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ عَقِيلٍ لِأَنَّهُ صَارَ مِنْهُ تَبَرُّعًا فَلَا يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةُ بِزِيَادَةِ عَلَيْهِ لِثَلَاثٍ تَجْتَمِعُ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِالثَّمَنِ وَبَعْضِ الثَّمَنِ بِخِلَافِ مَا إِذَا رَدَّهُ فَإِنَّهُ لَا يَجْتَمِعُ لَهُ ذَلِكَ. وَمِنْهَا: لَوْ تَقَايَلَا فِي الْعَيْنِ بَعْدَ هَبَةٍ ثَمَنَهَا أَوْ إِبْرَاءٍ مِنْهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَصْدَقَ زَوْجَتَهُ عَيْنًا فَوَهَبَتْهَا مِنْهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ فَهَلْ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِدَلِّ نِصْفِهَا؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَرْجِعُ فَهَلْ يَرْجِعُ إِذَا كَانَ الصَّدَاقُ دَيْنًا فَأَبْرَأَتْهُ مِنْهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ أَصَحُّهُمَا لَا يَرْجِعُ لِأَنَّ مِلْكَهُ لَمْ يَزَلْ عَنْهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَاتَبَ عَبْدَهُ ثُمَّ أَبْرَأَهُ مِنْ دَيْنِ الْكِتَابَةِ وَعَتَقَ فَهَلْ يَسْتَحِقُّ الْمَكَاتِبُ الرُّجُوعَ عَلَيْهِ بِمَا كَانَ لَهُ عَلَيْهِ مِنَ الْإِيتَاءِ الْوَاجِبِ أَمْ لَا؟ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ خَرَجَهَا عَلَى الْخِلَافِ وَضَعَفَ صَاحِبُ الْمُعْنِي ذَلِكَ لِأَنَّ إِسْقَاطَهُ عَنْهُ يَقُومُ مَقَامَ إِيْتَائِهِ، وَلِهَذَا لَوْ أَسْقَطَ عَنْهُ الْقَدْرَ الْوَاجِبَ

إِتَاؤُهُ وَاسْتَوْفَى الْبَاقِيَ لَمْ يَلْزَمَهُ أَنْ يُؤْتِيَهُ شَيْئًا، وَإَيْضًا فَالسَّيِّدُ أَسْقَطَ عَنِ الْمَكَاتِبِ مَا وَجَدَ سَبَبَ إِيْتَائِهِ إِيَّاهُ فَقَامَ مَقَامَ الْإِيْتَاءِ بِخِلَافِ إِسْقَاطِ الْمَرْأَةِ الصَّدَاقِ قَبْلَ الطَّلَاقِ.

وَمِنْهَا: لَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ بِمَالٍ لَزِيدٍ عَلَى عَمْرٍو ثُمَّ رَجَعَا وَقَدْ قَبِضَهُ زَيْدٌ مِنْ عَمْرٍو ثُمَّ وَهَبَهُ لَهُ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُمَا الضَّمَانُ، وَلَوْ كَانَ دَيْنًا فَأَبْرَأَهُ مِنْهُ قَبْلَ قَبْضِهِ ثُمَّ رَجَعَا لَمْ يَلْزَمْهُمَا شَيْءٌ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَلَمْ يُخْرِجْهُ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْمَسَائِلِ الْأُولَى لِأَنَّ الضَّمَانَ لَزِمَهُمَا بِوُجُوبِ التَّغْرِيمِ وَعَوْدِ الْعَيْنِ إِلَى الْغَارِمِ مِنَ الْمَحْكُومِ لَهُ بِهِةٌ لَا يُوجِبُ الْبَرَاءَةَ كَمَا لَا يَبْرَأُ الْغَاصِبُ بِمِثْلِ ذَلِكَ فِي الرَّدِّ إِلَى الْمَغْضُوبِ مِنْهُ لِتَحَمُّلِ مِثْلِهِ نَعَمْ يَتَخَرَّجُ الْقَوْلُ بِسُقُوطِ الضَّمَانِ هُنَا إِذَا قُلْنَا: بِبَرَاءَةِ الْغَاصِبِ بِإِعَادَةِ الْمَالِ إِلَى الْمَغْضُوبِ مِنْهُ هِبَةٌ لِأَكْثَرِهَا اعْتَرَفَا بِأَنَّهُ قَبِضَهُ عُدُونَا ثُمَّ رَدَّهُ إِلَيْهِ هِبَةٌ، وَأَمَّا إِذَا أَبْرَأَهُ مِنْهُ قَبْلَ الْقَبْضِ فَلَمْ يَتَرَتَّبْ عَلَى شَهَادَتِهِمَا غَرَمٌ فَلِذَلِكَ سَقَطَ عَنْهُمَا الضَّمَانُ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ ثُمَّ وَهَبَهُ الْغَرِيمُ مَا قَضَاهُ بَعْدَ قَبْضِهِ فَهَلْ يَرْجِعُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ؟ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ. وَلِهَذَا قَالُوا لَوْ قَضَى الدَّيْنَ بِنَقِيضِهِ لَمْ يَرْجِعْ إِلَّا بِمَا قَضَى وَجَعَلُوهُ كَالْمَقْرُضِ لَا يَرْجِعُ إِلَّا بِمَا غَرِمَ لَكِنَّ هَذَا فِي الْإِبْرَاءِ وَالْمُسَامَحَةِ ظَاهِرٌ فَأَمَّا إِنْ قَضَى الدَّيْنَ لِكَمَالِهِ ثُمَّ وَهَبَهُ الْغَرِيمُ مِنْهُ فَلَا يَبْعُدُ تَخْرِيجُهُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ.

* * *

القاعدة الثامنة والستون:

إِقْقَاعُ الْعِبَادَاتِ أَوْ الْعُقُودِ أَوْ غَيْرِهِمَا مَعَ الشَّكِّ فِي شَرْطٍ صَحِيحَتِهَا هَلْ يَجْعَلُهَا كَالْمُعْلَقَةِ عَلَى تَحْقِيقِ ذَلِكَ الشَّرْطِ أَمْ لَا؟ هِيَ تَوْعَانُ:

أَحَدُهُمَا: مَا يَشْتَرِطُ فِيهِ النِّيَّةَ الْجَازِمَةَ فَلَا يَصِحُّ إِقْقَاعُهُ بِهَذَا التَّرَدُّدِ مَا لَمْ يَكُنْ الشَّكُّ غَلْبَةً ظَنٌّ تَكْفِيٌّ مِثْلُهُ فِي إِقْقَاعِ الْعِبَادَةِ أَوْ الْعَقْدِ كَغَلْبَةِ الظَّنِّ بِدُخُولِ الْوَقْتِ وَطَهَارَةِ الْمَاءِ وَالثَّوْبِ وَنَحْوِ ذَلِكَ.

وَمِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ: إِذَا صَلَّى يَظُنُّ نَفْسَهُ مُحْدِثًا فَتَيَّنَ مَتَطَهَّرَا.

وَمِنْهَا: لَوْ شَكَّ هَلْ ابْتَدَأَ [مُدَّةً] مَسْحَ الْخُفَّيْنِ فِي السَّجْدِ أَوْ الْحَضَرَ فَمَسَحَ يَوْمًا آخَرَ بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْحَضَرِ ثُمَّ تَيَّنَ أَنَّهُ ابْتَدَأَهَا فِي السَّجْدِ لَزِمَهُ إِعَادَةُ الصَّلَاةِ بِالشَّكِّ وَهَلْ يَلْزَمُهُ إِعَادَةُ الْوُضُوءِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَلْزَمُهُ وَبِهِ جَزَمَ فِي الْمَغْنِيِّ لِأَنَّ الْوُضُوءَ يَصِحُّ مَعَ الشَّكِّ فِي سَبِيهِ كَمَنْ شَكَّ فِي الْحَدَثِ فَتَوَضَّأَ يَتَوَيَّرَفُهُ ثُمَّ تَبَيَّنَ مُحَدَّثًا.
وَالثَّانِي: يَلْزَمُهُ لِأَنَّ الْمَسْحَ رُخْصَةٌ وَلَمْ تَحَقِّقْ إِبَاحَتَهَا فَلَمْ يَصِحَّ كَمَنْ قَصَرَ وَهُوَ يَشْكُ فِي جَوَازِ الْقَصْرِ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَوَضَّأَ مِنْ إِنَاءٍ مُشْتَبِهٍ^(١) ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ طَاهِرٌ لَمْ تَصِحَّ طَهَارَتُهُ فِي الْمَشْهُورِ وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ يَصِحُّ وَهُوَ يَرْجِعُ إِلَى أَنَّ الْجَزْمَ بِصِحَّةِ الْوُضُوءِ لَا يُشْتَرِطُ كَمَا سَبَقَ.
وَمِنْهَا: لَوْ تَوَضَّأَ شَاكًا فِي الْحَدَثِ أَوْ صَلَّى مَعَ غَلَبَةِ ظَنِّهِ بِدُخُولِ الْوَقْتِ وَنَوَى الْفَرَضَ إِنْ كَانَ مُحَدَّثًا أَوْ الْوَقْتُ قَدْ دَخَلَ وَلَا فَالْتَّجْدِيدُ أَوْ النِّقْلُ، فَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ أَنَّهُ يُجْزئُهُ لِأَنَّ هَذَا حُكْمُهُ وَلَوْ لَمْ يَنْوِهِ، فَإِذَا نَوَاهُ لَمْ يَضُرَّهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ وَغَائِبٌ فَأَدَّى زَكَاةَ نَوَى أَنَّهَا عَنِ الْغَائِبِ إِنْ كَانَ سَالِمًا وَلَا^(٢) فَتَطَوَّعَ فَبَانَ سَالِمًا أَجْزَأَهُ لِمَا ذَكَرْنَا وَحَكِي عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُ لَا يُجْزئُهُ لِأَنَّهُ لَمْ يُخْلِصِ النِّيَّةَ عَنِ الْفَرَضِ. وَيَتَخَرَّجُ مِنْهُ وَجْهٌ فِي الَّتِي قَبْلَهَا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ وَأَوَّلَى لِأَنَّ هُنَاكَ لَمْ يَبَيَّنْ عَلَى أَصْلِ مُسْتَصْحَبٍ وَلَكِنَّهُ بَنَى عَلَى غَلَبَةِ ظَنِّهِ بِدُخُولِ الْوَقْتِ وَهُوَ يَكْفِي فِي صِحَّةِ الصَّلَاةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا نَوَى لَيْلَةَ الشَّكِّ إِنْ كَانَ غَدًا مِنْ رَمَضَانَ فَهُوَ فَرَضٌ وَلَا فَهُوَ نَفْلٌ. فَهَلْ يُجْزئُهُ عَنْ رَمَضَانَ إِنْ وَاقَفَ؟ يَنْبَغِي عَلَى أَنَّ نِيَّةَ التَّعْيِينِ هَلْ تُشْتَرِطُ لِرَمَضَانَ فَإِنْ قُلْنَا: تُشْتَرِطُ وَهُوَ الْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ لَمْ يُجْزئُهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْزَمْ بِالتَّعْيِينِ وَلَمْ يَبَيَّنْ عَلَى أَصْلِ مُسْتَصْحَبٍ يَجُوزُ الصِّيَامُ فِيهِ بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الزَّكَاةِ وَهَذَا بِخِلَافِ مَا لَوْ نَوَى لَيْلَةَ الثَّلَاثِينَ مِنْ رَمَضَانَ إِنْ كَانَ غَدًا مِنْ رَمَضَانَ فَأَنَا صَائِمٌ عَنْهُ وَلَا فَأَنَا مُفْطِرٌ فَإِنَّهُ يَصِحُّ صِيَامُهُ فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّهُ بَنَى عَلَى أَصْلِ لَمْ يَثْبُتْ زَوَالُهُ^(٣) وَلَا يَقْدَحُ تَرَدُّدُهُ لِأَنَّهُ حَكْمٌ صَوْمِهِ مَعَ الْجَزْمِ.

وَالثَّانِي: وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ لَا يُجْزئُهُ لِلتَّرَدُّدِ، وَنَقَلَ صَالِحٌ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ يُجْزئُهُ النِّيَّةُ الْمُتَرَدِّدَةُ مَعَ الْغَيْمِ دُونَ الصَّحْوِ لِأَنَّ الصَّوْمَ مَعَ الْغَيْمِ لَا يَخْلُو مِنْ تَرَدُّدٍ يَنَافِي الْجَزْمَ فَإِذَا تَرَدَّدَتِ النِّيَّةُ فَقَدْ نَوَى حَكْمَ الصَّوْمِ فَلَا يَضُرُّهُ بِخِلَافِ حَالَةِ الصَّحْوِ فَإِنَّهُ لَا يَحْتَاجُ فِيهَا إِلَى التَّرَدُّدِ.

وَالنُّوْعُ الثَّانِي: مَا لَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ جَازِمَةٍ فَالصَّحِيحُ فِيهِ الصَّحَّةُ وَقَدْ سَبَقَ مِنْ أَمْثَلَتِهِ إِذَا

(١) أَى: فِي طَهَارَتِهِ.

(٢) أَى: وَإِنْ كَانَ مَعِيَا.

(٣) لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الشَّهْرِ.

نَكَحَتْ امْرَأَةً الْمَفْقُودَ قَبْلَ أَنْ يَجُوزَ لَهَا النِّكَاحُ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ جَائِزًا فِيهِ الصَّحَّةُ وَجَهَانُ وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ عِنْدَ رَجُلٍ دَنَائِرُ وَدِيعَةٌ فَصَارَ فِيهَا وَهُوَ يَجْهَلُ بَقَاءَهَا فِيهِ وَجَهَانُ أَحَدُهُمَا: وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي الْمَجَرَّدِ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ تَالِفَةً فَتَكُونُ مُصَارَفَةً عَلَيْهَا وَهِيَ فِي الذِّمَّةِ وَلَا حَاضِرَةٌ فَتَكُونُ مُصَارَفَةً عَلَى عَيْنٍ.

وَالثَّانِي: وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَقِيلٍ أَنَّهُ يَصِحُّ لِأَنَّ الْأَصَحَّ بَقَاؤُهَا فَصَارَ كَبَيْعِ الْحَيَوَانَ الْغَائِبِ^(١) بِالصَّفَةِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ مَعَ احْتِمَالِ تَلْفِهِ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ، قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: فَإِنْ كَانَتْ بَاقِيَةً تَقَابُضًا وَصَحَّ الْعَقْدُ وَإِنْ كَانَتْ تَالِفَةً تَبَيَّنَ بَطْلَانُ الْعَقْدِ، وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ صَحِيحٌ إِذَا تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَقْرِيطٍ فَأَمَّا إِنْ تَلَفَتْ تَلَفًا مَضْمُونًا فِي الذِّمَّةِ فَيَنْبَغِي عَلَى تَعْيِينِ التَّقْوِيدِ بِالتَّعْيِينِ فَإِنْ قُلْنَا: يَتَعَيَّنُ لَمْ يَصَحَّ الْعَقْدُ وَإِلَّا صَحَّ وَقَامَتِ الدَّنَائِرُ الَّتِي فِي الذِّمَّةِ مَقَامَ الْوَدِيعَةِ لَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يُشْتَرَطُ فِيهِ لِلْمَصْرَفِ التَّعْيِينُ فَلَا يَصِحُّ عَلَى مَا فِي الذِّمَّةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءٍ جَارِيَةٍ فَاشْتَرَاهَا لَهُ ثُمَّ جَحَدَ الْمُوَكَّلُ الْوَكَالََةَ فَأَرَادَ الْوَكِيلُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا مِنْهُ فَلَمْ يَعْتَرِفْ بِالْمِلْكِ ثُمَّ قَالَ لَهُ إِنْ كُنْتُ أَذْنْتُ لَكَ فِي شِرَائِهَا فَقَدْ بَعْتُكَهَا فَهَلْ يَصِحُّ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَصِحُّ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ. وَالثَّانِي: يَصِحُّ ذَكَرَهُ فِي الْكَافِي احْتِمَالًا لِأَنَّهُ تَعْلِيْقٌ عَلَى شَرْطٍ وَقَعَ يَعْلَمَانِهِ فَلَا يُؤْثَرُ ذَكَرَهُ فِي الْعَقْدِ كَمَا لَوْ قَالَ: بَعْتُكَ هَذِهِ إِنْ كَانَتْ جَارِيَةً وَيَشْهَدُ لَهُ نَصُّ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَتَّصُورٍ بِصِحَّةِ بَيْعِ الْغَائِبِ إِنْ كَانَ سَالِمًا فَإِنَّ هَذَا مُقْتَضَى إِطْلَاقِ الْعَقْدِ فَلَا يَضُرُّ تَعْلِيْقُ الْبَيْعِ [عَلَيْهِ].

وَمِنْهَا: الرَّجْعَةُ فِي عَقْدِ نِكَاحٍ شَكٍّ فِي وَفُوعِ الطَّلَاقِ فِيهِ قَالَ أَصْحَابُنَا: هِيَ رَجْعَةٌ صَحِيحَةٌ رَافِعَةٌ لِلشَّكِّ وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الَّتِي أَفْتَى فِيهَا شَرِيكُ بَآئِهِ يُطَلَّقُ ثُمَّ يَرَاجِعُ وَمَاخَذُهُ أَنَّ الرَّجْعَةَ مَعَ الشَّكِّ فِي الطَّلَاقِ يُصْبِرُهَا كَالْمُعْلَقَةِ عَلَى شَرْطٍ وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهَا فَلَا يَصِحُّ تَمْثِيلُ قَوْلِهِ بِمَنْ شَكَّ فِي نَجَاسَةِ ثَوْبِهِ فَأَمَرَ بِتَنْجِيسِهِ ثُمَّ يَغْسِلُهُ وَكَذَلِكَ لَمْ يُصَبِّ مَنْ أَدْخَلَ قَوْلَهُ فِي أَخْبَارِ الْمُغْفَلِينَ فَإِنَّ مَاخَذَهُ فِي ذَلِكَ خَفِيَ عَنْهُ فَأَمَّا الرَّجْعَةُ مَعَ الشَّكِّ فِي حُصُولِ

(١) وذهب ابن وهب من المالكية إلى عدم جواز شراء الحيوان الغائب على شرط أن ينقذه ثمنه حيث لا يدرى هل يوجد البائع على صفته التي رآها المبتاع أولاً، وقال: إن مالك ذهب إلى مثل ذلك. مختصر اختلاف العلماء (٣/٧٤).

الإباحة بها كمن طلق وشك هل طلق ثلاثاً أو واحدة ثم راجع في العدة فيصح عند أكثر أصحابنا ههنا لأن الأصل بقاء النكاح وقد شك في انقطاعه [والرجعة استيفاء له فصح مع الشك في انقطاعه] وعند الخِرقي لا يصح لأنه قد تيقن سبب التحريم وهو الطلاق فإنه إن كان ثلاثاً فقد حصل التحريم بدون زوج وأصابه وإن كان واحدة فقد حصل به التحريم بعد البيونة بدون عقد جديد فالرجعة في العدة لا يحصل بها الحل إلا على هذا التقدير فقط فلا يزول الشك مطلقاً فلا يصح لأن تيقن سبب وجود التحريم مع الشك في وجود المانع منه يقوم مقام تحقق وجود الحكم مع الشك في وجود المانع فيستصحب حكم [وجود] السبب كما يعمل بالحكم ويلغى المانع المشكوك فيه كما يلغى مع تيقن وجود حكمه وقد استشكل كثير من الأصحاب كلام الخِرقي في تعليقه بأنه تيقن التحريم وشك في التحليل فظنوا أنه يقول بتحريم الرجعة وليس بإلزام لما ذكرنا.

ومنها: لو حكم حاكم في مسألة مختلف فيها بما يرى أن الحق في غيره أثم وعصى بذلك ولم ينقض حكمه إلا أن يكون مخالفاً لنص صريح ذكره ابن أبي موسى وقال السامري بل ينقض حكمه لأن شرط صحة الحكم موافقة الاعتقاد، ولهذا لو حكم بجهل لنقض حكمه مع أنه لا يعتد بطلان ما حكم به فإذا اعتد بطلانه فهو بالرد أولى وللاصحاب وجهان فيما ينقض فيه حكم الجاهل والفاسق:

أحدهما: تنقض جميع أحكامه لفقد أهليته وهو قول أبي الخطاب وغيره.

والثاني: تنقض كلها إلا ما وافق الحق المنصوص والمجمع عليه وينقض ما وافق الاجتهاد لأنه ليس من أهله وهو اختيار صاحب المغني ويشبه هذا القول في الوصي الفاسق إذا قسم الوصية فإن أعطى الحقوق لمستحق معين يصح قبضه لم يضمه لأنه يجب إيصاله إليه وقد حصل وإن كان لغير معين فوجهان.

ومنها: الحكم بإسلام من أتهم بالردة إذا أنكر وأقر بالشهادتين فإنه حكم صحيح وإن حصل التردد في مستنده هل هو الإسلام المستمر على ما يدعيه أو الإسلام المتجدد على تقدير صحة ما أتهم به؟ وقد قال الخِرقي ومن تشهد عليه بالردة؟ فقال: ما كبرت فإن شهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله لم يكشف عن شيء. قال في المغني: لأن هذا يثبت به إسلام الكافر الأصلي فكذلك المرتد قال: ولا حاجة في ثبوت إسلامه إلى الكشف عن صحته رده ونقل محمد بن الحكم عن أحمد فيمن أسلم من أهل الكتاب ثم

ارْتَدَّ فَشَهِدَ قَوْمٌ عُدُولُ اللَّهِ تَنْصَرَّ أَوْ تَهَوَّدَ وَقَالَ: هُوَ لَمْ أَفْعَلْ أَنَا مُسْلِمٌ قَالَ: أَقْبَلُ قَوْلَهُ وَلَا أَقْبَلُ شَهَادَتَهُمْ وَذَكَرَ كَلَامًا مَعْنَاهُ أَنَّ إِنكَارَهُ أَقْوَى مِنَ الشُّهُودِ وَكَذَلِكَ نَقَلَ عَنْهُ أَبُو طَالِبٍ فِي رَجُلٍ تَنْصَرَّ فَأَخَذَ فَقَالَ: لَمْ أَفْعَلْ قَالَ: يُقْبَلُ مِنْهُ وَعَلَّلَ بِأَنَّ الْمُرْتَدَّ يُسْتَتَابُ لَعَلَّهُ يَرْجِعُ فَيُقْبَلُ مِنْهُ فَإِذَا أَتَكَرَّ بِالْكَلْبِيَّةِ فَهُوَ أَوْلَى بِالْقَبُولِ وَلَيْسَ فِي هَذِهِ الرُّوَايَةِ أَنَّهُ ثَبَتَ عَلَيْهِ الرُّدَّةُ وَلَا فِيهَا أَنَّهُ وَجَدَ مِنْهُ غَيْرَ إِنكَارِ الرُّدَّةِ، وَأَمَّا مَسْأَلَةُ مُحَمَّدَ بْنِ الْحَكَمِ فِيهَا أَنَّهُ قَالَ: أَنَا مُسْلِمٌ وَكَذَلِكَ يَحْصُلُ بِهِ الْإِسْلَامُ كَالشَّهَادَتَيْنِ وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ إِنكَارَهُ يَكْفِي فِي الرَّجُوعِ إِلَى الْإِسْلَامِ وَلَوْ ثَبَتَ عَلَيْهِ الرُّدَّةُ بِالْبَيِّنَةِ وَهُوَ خِلَافُ قَوْلِ أَصْحَابِنَا. وَأَمَّا إِنْ ثَبَتَ كُفْرُهُ بِإِقْرَارِهِ عَلَيْهِ ثُمَّ أَتَكَرَّ فِي الْمُعْنِي يَحْتَمِلُ أَنَّ لَا يُقْبَلُ إِنكَارُهُ وَإِنْ سَلَّمْنَا فَلَا أَنَّ الْحَدَّ هُنَا وَجَبَ بِقَوْلِهِ فَيُقْبَلُ رُجُوعُهُ عَنْهُ بِخِلَافِ مَا ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ كَمَا فِي حَدِّ الزَّنا.

* * *

القاعدة التاسعة والستون:

العَقْدُ الْوَارِدُ عَلَى عَمَلٍ مُعَيَّنٍ إِمَّا أَنْ يَكُونَ لازِمًا ثَابِتًا فِي الذِّمَّةِ بِعَوَضٍ كَالْإِجَارَةِ فَالْوَاجِبُ تَحْصِيلُ ذَلِكَ الْعَمَلِ وَلَا يَتَعَيَّنُ أَنْ يَعْمَلَهُ الْمُعْقُودُ مَعَهُ إِلَّا بِشَرْطٍ أَوْ قَرِينَةٍ تَدُلُّ عَلَيْهِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ غَيْرَ لازِمٍ وَإِنَّمَا يُسْتَفَادُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِمُجَرَّدِ الْإِذْنِ فَلَا يَجُوزُ لِلْمُعْقُودِ مَعَهُ أَنْ يُقِيمَ غَيْرَهُ مَقَامَهُ فِي عَمَلِهِ إِلَّا بِإِذْنٍ صَرِيحٍ أَوْ قَرِينَةٍ دَالَّةٍ عَلَيْهِ وَيَتَرَدَّدُ بَيْنَ هَذَيْنِ مِنْ كَانَ تَصَرَّفَ بِوِلَايَةٍ إِمَّا ثَابِتَةً بِالشَّرْعِ كَوَلِيِّ النِّكَاحِ أَوْ بِالْعَقْدِ كَالْحَاكِمِ وَوَلِيِّ النِّسَمِ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَهُ صُورٌ:

مِنْهَا: الْأَجِيرُ الْمُشْتَرَكُ فَيَجُوزُ لَهُ الْاسْتِنَابَةُ فِي الْعَمَلِ لِأَنَّهُ ضَمِنَ تَحْصِيلَهُ لَا عَمَلَهُ بِنَفْسِهِ وَاسْتَنْتَى الْأَصْحَابُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ يَكُونَ الْعَمَلُ مُتَّفَاوِتًا كَالْفَسْخِ فَلَيْسَ لَهُ الْاسْتِنَابَةُ فِيهِ بِدُونِ إِذْنِ الْمُسْتَأْجِرِ صَرِيحًا وَنَقَلْتُ مِنْ خَطِّ الْقَاضِي عَلَى ظَهَرِ جُزْءٍ مِنْ خِلَافِهِ قَالَ: نَقَلْتُ مِنْ مَسَائِلِ ابْنِ أَبِي حَرْبٍ الْجُرْجَانِي سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ سِئْلَ قَالَ: دَفَعْتُ ثَوْبًا إِلَى خِيَاطٍ فَقَطَّعَهُ ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَى آخَرَ لِيَخِيْطَهُ قَالَ: هُوَ ضَامِنٌ وَلَعَلَّ هَذَا فِيمَا [إِذَا] دَلَّتْ الْحَالُ عَلَى وَقُوعِ الْعَقْدِ فِيهِ عَلَى خِيَاْطَةِ الْمُسْتَأْجِرِ لِحُجُودِ صِنَاعَتِهِ وَحِذْفِهِ وَشَهْرَتِهِ بِذَلِكَ وَلَا يَرْضَى الْمُسْتَأْجِرُ بِعَمَلٍ غَيْرِهِ وَالْمَذْهَبُ الْجَوَازُ بِدُونِ الْقَرِينَةِ وَعَلَيْهِ بَنَى الْأَصْحَابُ صِحَّةَ شَرَكَةِ الْأَبْدَانِ حَتَّى أَجَازُوهَا مَعَ اخْتِلَافِ الصَّنَائِعِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ وَكَذَلِكَ لَوْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِعَمَلٍ وَهُوَ لَا يُحْسِنُهُ فِيهِ الصِّحَّةُ وَجَهَانِ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ عَلَى ضَمَانِ تَسْلِيمِ الْعَمَلِ وَتَحْصِيلِهِ لَا عَلَى

المباشرة.

ومنها: لو أصدقها عملاً معلوماً مقدراً بالزمان أو غيره وقلنا: يصح ذلك فهو كالأجير المشترك.

وأما الثاني: وهو المتصرف بالإذن المجرد فله صور:

منها: الوكيل وفي جواز توكيله بدون إذن روائتان معروفتان إلا فيما اقتضته دلالة الحال مثل أن يكون العمل لا يباشره مثله أو يعجز عنه لكثرة فله الاستنباط بغير خلاف لكن هل له الاستنباط في الجميع أو في القدر المعجوز عنه خاصة؟ على وجهين^(١) والأول اختيار صاحب المغني، والثاني: قول القاضي وابن عقيل. ومنها العبد المأذون له فيه وفيه طريقان: أحدهما: أنه كالوكيل وهو المذكور في الكافي لأنه استفاد التصرف بالإذن [فهو] كالوكيل.

والثاني: ليس له الاستنباط بدون إذن أو عرف بغير خلاف وهو ما ذكره في التلخيص لقصور العبد في أملاكه وتصرفاته فلا يملك التصرف بدون إذن أو قرينة. ومنها: الصبي المأذون له وهو كالوكيل ذكره في الكافي. ومنها: الشريك والمضارب وفيهما طريقان:

أحدهما: أن حكمهما حكم الوكيل على الخلاف فيه وهي طريقة القاضي والآخرين. والثانية: يجوز لهما التوكيل بدون إذن وهو المجزوم به في المحرر وكذلك رجحه أبو الخطاب في رموس المسائل لعموم تصرفهما وكثرته وطول مدته غالباً وهذه قرائن تدل على الإذن في التوكيل في البيع والشراء وكلام ابن عقيل يشعر بالتفريق بين المضارب والشريك فيجوز للشريك التوكيل لأنه علل بأن الشريك استفاد بعقد الشركة ما هو دونه وهو الوكالة لأنها أخص والشركة أعم فكان له الاستنباط في الأخص بخلاف الوكيل فإنه استفاد بحكم العقد مثل العقد وهذا يدل على إلحاق المضارب بالوكيل، وهذا الكلام في توكيلهما في البيع والشراء فأما دفع المضارب المال مضاربة إلى غيره فلا يجوز بدون إذن صريح نص عليه أحمد وعلل بأنه إنما ائتمنه على المال فكيف يسلمه إلى غيره، وحكى فيه رواية أخرى بالجواز وأما الثالث وهو المتصرف بالولاية فمنه ولي التيم وفيه طريقان: أحدهما: أنه كالوكيل وهي طريقة القاضي وابن عقيل وصاحب المغني لأن تصرفه

(١) الأول: أنه يجوز في الجميع. والثاني: الاستنباط في القدر المعجوز عنه فقط.

بِإِذْنٍ فَهُوَ كَالْوَكِيلِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَجُوزُ التَّوَكُّلُ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ وَرَجَحَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ أَيْضًا فِي كِتَابِ الْوَصَايَا وَأَبُو الْخَطَّابِ وَجَزَمَ بِهِ فِي الْمُحَرَّرِ لِأَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ بِالْوَلَايَةِ وَلَيْسَ وَكِيلاً مُحَضّاً فَإِنَّهُ يَتَصَرَّفُ بَعْدَ الْمَوْتِ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ لِأَنَّهُ يَتَعَبَّرُ عَدَالَتَهُ وَأَمَانَتَهُ وَهَذَا شَأْنُ الْوَلَايَاتِ وَلِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الْاسْتِثْنَاءُ أَوْ تَطَوُّلُ مُدَّتِهِ وَيَكْثُرُ تَصَرُّفُهُ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ هَذَا فِي تَوَكُّلِهِ فَأَمَّا فِي وَصِيَّتِهِ إِلَى غَيْرِهِ فَفِيهَا رَوَايَتَانِ مَنْصُوصَتَانِ وَاخْتَارَ الْمَنَعَ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي.

وَمِنْهَا: الْحَاكِمُ هَلْ لَهُ أَنْ يَسْتَتِيبَ غَيْرَهُ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ لَهُ فِي ذَلِكَ؟ وَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: طَرِيقُ الْقَاضِي فِي الْمَجَرَّدِ وَالْخِلَافِ أَنَّهُ كَالْوَكِيلِ عَلَى مَا مَرَّ فِيهِ. وَالثَّانِي: وَهُوَ طَرِيقُ الْقَاضِي فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ أَنَّ لَهُ الْاسْتِحْلَافَ قَوْلًا وَاحِدًا وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ مُهَنَّا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْقَاضِي لَيْسَ بِنَائِبٍ لِلْإِمَامِ بَلْ هُوَ نَازِلٌ لِلْمُسْلِمِينَ لَا عَمَّنْ وَلَا هَذَا لَا يُعْزَلُ بِمَوْتِهِ وَلَا يُعْزَلُ عَلَى مَا سَبَقَ فَيَكُونُ حُكْمُهُ فِي وَلَايَتِهِ حُكْمَ الْإِمَامِ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ وَلِأَنَّ الْحَاكِمَ يَضِيقُ عَلَيْهِ تَوَلَّى جَمِيعَ الْأَحْكَامِ بِنَفْسِهِ وَيُؤَدِّي ذَلِكَ إِلَى تَعْطِيلِ مَصَالِحِ النَّاسِ الْعَامَّةِ فَأَشْبَهَ مَنْ وَكَّلَ فِيمَا لَا يُمَكِّنُهُ مِبَاشَرَتُهُ عَادَةً لِكَثْرَتِهِ وَمِنْهُ وَلِيُّ النِّكَاحِ فَإِنْ كَانَ مُجْبِرًا فَلَا إِشْكَالَ فِي جَوَازِ تَوَكُّلِهِ لِأَنَّ وَلَايَتَهُ ثَابِتَةٌ شَرْعًا مِنْ غَيْرِ جِهَةِ الْمَرْأَةِ وَلِذَلِكَ لَا يُعْتَبَرُ مَعَهُ إِذْنُهَا وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُجْبِرٍ فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ كَالْوَكِيلِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي لِأَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ بِإِذْنٍ. وَالثَّانِي: [أَنَّهُ] يَجُوزُ لَهُ التَّوَكُّلُ قَوْلًا وَاحِدًا وَهُوَ طَرِيقُ صَاحِبِ الْمُغْنِي وَالْمُحَرَّرِ لِأَنَّ وَلَايَتَهُ ثَابِتَةٌ بِالشَّرْعِ مِنْ غَيْرِ جِهَةِ الْمَرْأَةِ فَلَا تَتَوَقَّفُ اسْتِنَابَتُهُ عَلَى إِذْنِهَا كَالْمُجْبِرِ وَلَكِنَّمَا افْتَرَقَا عَلَى اعْتِبَارِ إِذْنِهَا فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ وَلَا أَثَرَ لَهُ هَاهُنَا.

* * *

القاعدة السبعون:

الْفِعْلُ الْمُتَعَدِّي إِلَى مَفْعُولٍ أَوْ الْمُتَعَلِّقُ بِظَرْفٍ أَوْ مَجْرُورٍ إِذَا كَانَ مَفْعُولُهُ أَوْ مُتَعَلِّقُهُ عَامًّا فَهَلْ يَدْخُلُ الْفَاعِلُ الْخَاصُّ فِي عُمُومِهِ أَمْ يَكُونُ ذِكْرُ الْفَاعِلِ قَرِينَةً مُخْرِجَةً لَهُ مِنَ الْعُمُومِ أَوْ يَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِحَسَبِ الْقَرَائِنِ؟ فِيهِ خِلَافٌ فِي الْمَذْهَبِ، وَالْمَرْجَحُ فِيهِ التَّخْصِصُ إِلَّا مَعَ التَّصَرُّيحِ بِالدُّخُولِ أَوْ قَرَائِنٍ تَدُلُّ عَلَيْهِ. وَتَتَرْتَّبُ عَلَى ذَلِكَ صُورٌ مُتَعَدِّدَةٌ:

مِنْهَا: التَّهْيُ عَنْ الْكَلَامِ وَالْإِمَامُ يَخْطُبُ لَا يَشْمَلُ الْإِمَامَ عَلَى الْمَذْهَبِ الْمَشْهُورِ ^(١).
وَمِنْهَا: الْأَمْرُ بِإِجَابَةِ الْمُؤَذِّنِ ^(٢) هَلْ يَشْمَلُ الْمُؤَذِّنُ نَفْسَهُ؟ الْمَنْصُوصُ هَاهُنَا الشُّمُولُ
وَالْأَرْجَحُ عَدَمُهُ طَرْدًا لِلْقَاعِدَةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَذِنَ [السَّيِّدُ] لِعَبْدِهِ فِي التَّجَارَةِ لَمْ يَمْلِكْ أَنْ يُوجِرَ نَفْسَهُ، وَلِلْمَنْعِ مَأْخَذٌ آخَرُ
وَهُوَ أَنَّ الْمَنَافِعَ لَيْسَتْ مِنْ أَمْوَالِ التَّجَارَةِ ذِكْرُهُ الْقَاضِي.

وَمِنْهَا: إِذَا أَذِنَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ أَنْ يُعْتِقَ عَنْ كَفَّارَتِهِ مِنْ رَقِيقِ السَّيِّدِ لَمْ يَمْلِكْ أَنْ يُعْتِقَ نَفْسَهُ
وَخَرَجَهَا أَبُو بَكْرٍ عَلَى وَجْهَيْنِ وَهَذَا يَتِمُّشَى عَلَى طَرِيقَتِهِ وَطَرِيقَةِ ابْنِ حَامِدٍ وَالْمُتَقَدِّمِينَ أَنَّ
تَكْفِيرَ الْعَبْدِ بِالْمَالِ لَا يَنْبَنِي عَلَى مِلْكِهِ بِالتَّمْلِكِ بَلْ يُكْفَرُ بِهِ إِذْنُ السَّيِّدِ وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْهُ، وَإِلَّا
فَلَوْ مَلَكَ نَفْسَهُ لَانْعَقَتْ عَلَيْهِ قَهْرًا وَلَمْ تُجْزَئَهُ عَنِ الْكِفَّارَةِ.

وَمِنْهَا: هَلْ يَكُونُ الرَّجُلُ مُصْرَقًا لِكِفَّارَةِ نَفْسِهِ؟ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ ثُمَّ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ
السَّحَرِيُّ فِي غَيْرِ كِفَّارَةِ الْجَمَاعِ فِي رَمَضَانَ لِيُرْوَدَ النَّصُّ فِيهَا، وَمِنْهُمْ مَنْ حَكَاهَا فِي الْجَمِيعِ
وَجَعَلَ ذَلِكَ خُصُوصًا لِلْأَعْرَابِيِّ وَإِسْقَاطَ الْكِفَّارَةِ عَنْهُ لِعَجْزِهِ وَكَوْنِهَا لَا تَفْضُلُ عَنْهُ ^(٣)
وَاخْتَلَفُوا فِي مَحَلِّ الْخِلَافِ فَقِيلَ هُوَ إِذَا كَفَرَ الْغَيْرُ عَنْهُ بِإِذْنِهِ هَلْ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَصْرِفَهَا إِلَيْهِ أَمْ
لَا، بِنَاءً عَلَى أَنَّ التَّكْفِيرَ مِنَ الْغَيْرِ عَنْهُ لَا يَسْتَلْزِمُ دُخُولَهَا فِي مِلْكِهِ قَبْلَ مِلْكِ الْفَقِيرِ لَهَا كَمَا
تَقْدَمُ مِثْلُهُ فِي الْعَتَقِ وَقِيلَ بَلْ إِذَا تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِهَا لِفَقْرِهِ هَلْ يَجُوزُ أَنْ يَأْكُلَهَا وَتَكُونَ كِفَّارَةً أَمْ
لَا؟ وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ أَبِي مُوسَى.

وَمِنْهَا: هَلْ يَكُونُ الرَّجُلُ مُصْرَقًا لِزَكَاتِهِ إِذَا أَخَذَ السَّاعِي مِنْهُ فَقَدْ بَرَّتْ ذِمَّتُهُ مِنْهَا فَلَهُ أَنْ
يُعِيدَهَا إِلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ، هَذَا هُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ وَاخْتِيَارُ الْقَاضِي لِأَنَّ عَوْدَهَا إِلَيْهِ هَهُنَا
[بِسَبَبِ] مُتَجَدِّدٍ فَهُوَ كَارِئُهُ لَهَا وَلَا نَقُولُ إِنَّهُ قَبْضُهَا عَنْ زَكَاتِ مَالِهِ لِأَنَّهُ بَرِيءٌ مِنْ زَكَاتِ مَالِهِ
بِقَبْضِ السَّاعِي وَإِنَّمَا يَأْخُذُهَا مِنْ جُمْلَةِ الصَّدَقَاتِ الْمُبَاحَةِ لَهُ. وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: مَذْهَبُ أَحْمَدَ
لَا يَحِلُّ لَهُ أَخْذُهَا ذِكْرُهُ فِي زَكَاتِ الْفِطْرِ وَعَلَّلَ بِأَنَّهَا طَهْرَةٌ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَطَهَّرَ بِمَا قَدْ تَطَهَّرَ بِهِ
وَهَكَذَا الْخِلَافُ فِي رَدِّ الْإِمَامِ خُمُسَ الْفَيْءِ وَالْغَنِيمَةِ عَلَى مَنْ أَخَذَهَا مِنْهُ وَأَمَّا إِسْقَاطُهَا قَبْلَ
الْقَبْضِ فَلَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ مِنَ الدِّينِ لَا يَسْقِطُ الزَّكَاتَ وَلَا الْخُمُسَ بَلْ يَجِبُ فِيهَا الْقَبْضُ

(١) الأصل في ذلك حديث: «إذا قال: صه، فقد لغا، وإذا لغا فقد قطع جمعته» مصنف عبد الرزاق (٣/ ٢٢٣).

(٢) الأصل فيه حديث: «إذا سمعتم النداء فقولوا مثل ما يقول المؤذن» متفق عليه. سبل السلام (١/ ١٢٦).

(٣) أخرجه صاحب نصب الراية الحديث ١٤٠ ح (٢/ ٤٥١).

بِخِلَافِ الْخَرَاجِ وَالْعَشْرُ الْمَأْخُودُ مِنْ ثُجَّارِ أَهْلِ الْكِتَابِ لِأَنَّهُ فِيهِ فَيَجُوزُ لِلْإِمَامِ إِسْقَاطُهُ مِمَّنْ هُوَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ إِذَا رَأَى فِيهِ الْمَصْلَحَةَ وَكَذَلِكَ خُمُسُ الرِّكَازِ إِذَا قِيلَ هُوَ فِيهِ.

وَمِنْهَا: هَلْ يَكُونُ الْوَاقِفُ مُصْرَقًا لَوْفَقِهِ كَمَا إِذَا وَقَفَ [شَيْئًا] عَلَى الْفُقَرَاءِ ثُمَّ افْتَقَرَ فَإِنَّهُ يَدْخُلُ عَلَى الْأَصَحِّ وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ وَكَذَلِكَ لَوْ انْقَطَعَ مُصْرَفُ الْوَقْفِ وَقُلْنَا: يَرْجِعُ إِلَى أَقَارِبِهِ وَقَفًا وَكَانَ الْوَاقِفُ حَيًّا هَلْ يَرْجِعُ إِلَيْهِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ حَكَاهُمَا ابْنُ الزَّاعُونِي فِي الْإِقْنَاعِ وَجَزَمَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْمَفْرَدَاتِ بِدُخُولِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ وَأَنْسَابِهِمْ [لَهُمْ] أَبَدًا عَلَى أَنَّهُ مَنْ تَوَفَّى مِنْهُمْ عَنْ غَيْرٍ وَلَوْ رَجَعَ نَصِيْبُهُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ فَتَوَفَّى أَحَدُ أَوْلَادِهِ عَنْ غَيْرٍ وَلَوْ وَالْأَبُ الْوَاقِفُ حَيًّا فَهَلْ يَعُودُ نَصِيْبُهُ إِلَيْهِ لِكُونِهِ أَقْرَبَ النَّاسِ إِلَيْهِ أَمْ لَا؟ يُخْرِجُ عَلَى مَا قَبْلَهَا وَالْمَسْأَلَةُ مُلْتَفِتَةٌ إِلَى دُخُولِ الْمُخَاطَبِ فِي خِطَابِهِ.

وَمِنْهَا: الْوَكِيلُ فِي الْبَيْعِ هَلْ لَهُ الشِّرَاءُ مِنْ نَفْسِهِ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ مَعْرُوفَتَانِ ^(١) وَلَكُلَّمَا مَأْخُذَانِ:

أَحَدُهُمَا: التَّهْمَةُ وَخَشْيَةُ تَرْكِ الاسْتِفْصَاءِ فِي الثَّمَنِ. وَالثَّانِي: أَنَّ سِيَاقَ التَّوَكِيلِ فِي الْبَيْعِ يَدُلُّ عَلَى إِخْرَاجِهِ مِنْ جُمْلَةِ الْمُشْتَرِينَ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ بَائِعًا فَلَا يَكُونُ مُشْتَرِيًا، وَهَذَانِ الْمَأْخُذَانِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي وَغَيْرُهُ. وَالثَّلَاثُ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ وَاحِدٌ بِنَفْسِهِ وَيَأْخُذَ بِأَحَدِي يَدَيْهِ مِنَ الْآخَرَى فَإِذَا وَكَّلَ رَجُلًا يَشْتَرِي لَهُ مِنْهُ جَازَ نَقْلَ ذَلِكَ حَبْلًا عَنْ أَحْمَدَ فَعَلَى الْمَأْخُذِ الْأَوَّلِ لَا يَجُوزُ لَهُ الْبَيْعُ مِمَّنْ يَتَّهَمُ بِمُحَابَاةٍ أَيْضًا وَهُوَ مِمَّنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ، وَمِنْهُمْ مَنْ خَصَّهُ بِمَنْ لَهُ عَلَيْهِ وَلَايَةٌ وَهُوَ وَلَدُهُ الصَّغِيرُ دُونَ مَنْ لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْمُعْجَرَدِ وَابْنِ عَقِيلٍ وَصَاحِبِ الْمُغْنِي. وَعَلَى الثَّانِي وَالثَّلَاثِ يَجُوزُ لَهُ الْبَيْعُ مِنْ غَيْرِهِ إِذَا كَانَ أَهْلًا لِلْقَبُولِ، وَيَجُوزُ عَلَى الْمَأْخُذِ الثَّلَاثِ أَيْضًا أَنْ يُوَكَّلَ مَنْ يَشْتَرِي لَهُ لِإِنْدِفَاعِ مَحْذُورِ إِيجَادِ الْمُوجِبِ وَالْقَابِلِ، وَإِنْ وَكَّلَ مَنْ يَبِيعُ السَّلْعَةَ وَيَشْتَرِيهَا هُوَ فَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَادُونًا لَهُ فِي التَّوَكِيلِ فِي الْبَيْعِ جَازَ الشِّرَاءُ مِنْ وَكِيلِهِ قَوْلًا وَاحِدًا بِنَاءً عَلَى أَنَّ هَذَا الْوَكِيلَ الثَّانِي وَكِيلٌ لِلْمُوَكَّلِ الْأَوَّلِ فَكَأَنَّهُ اشْتَرَى السَّلْعَةَ مِنْ مَالِكِهَا، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي التَّوَكِيلِ ابْنُ أَبِي جَوَّازٍ تَوَكِيلَهُ بِدُونِ إِذْنٍ فَإِنْ أَجْزَأَهُ صَحَّ الْبَيْعُ وَإِلَّا فَلَا فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَأْخُذُ الصَّحَّةِ أَنَّ الْوَكِيلَ الثَّانِي وَكِيلٌ لِلْمُوَكَّلِ الْأَوَّلِ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ تَعْلِيلُهُ بِذَلِكَ فِي صُورَةِ الْإِذْنِ فِي مَسْأَلَةِ النِّكَاحِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْتَبَرَ التَّوَكِيلُ لِنَلَاءِ يَتَّحِدَ الْمُوجِبُ وَالْقَابِلُ مَعَ أَنَّ هَذَا

مَتَّقَصُ بِالْأَبِ فِي مَالِ وَلَدِهِ الطُّفْلِ.

وَأَمَّا رَوَايَةُ الْجَوَازِ فَاخْتَلَفَ فِي حِكَايَةِ شُرُوطِهَا عَلَى طَرُقٍ أَحَدُهَا أَنَّهُ يَشْتَرِطُ الزِّيَادَةَ عَلَى الثَّمَنِ الَّذِي يَتَّهِي إِلَيْهِ الرِّغَبَاتُ فِي النَّدَاءِ، وَفِي اشْتِرَاطِ أَنْ يَتَوَلَّى النَّدَاءَ غَيْرُهُ وَجَهَانُ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ. وَالثَّانِي: أَنَّ الْمُشْتَرِطَ التَّوَكُّلَ الْمُجَرَّدُ كَمَا هِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَالشَّيرَازِيِّ. وَالثَّلَاثُ: أَنَّ الْمُشْتَرِطَ أَحَدُ أَمْرَيْنِ إِمَّا أَنْ يُوَكَّلَ مَنْ يَبِيعُهُ عَلَى قَوْلِنَا بِجَوَازِ ذَلِكَ وَإِمَّا الزِّيَادَةَ عَلَى ثَمَنِهِ فِي النَّدَاءِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَأَبِي الْخَطَّابِ.

وَأَمَّا إِنْ بَاعَ الْوَكِيلُ وَاشْتَرَطَ عَلَى الْمُشْتَرِي أَنْ يُشْرَكَ فِيهِ فَهَلْ يَجُوزُ أَمْ لَا؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ: إِحْدَاهُمَا يَجُوزُ، نَقَلَهَا أَبُو الْحَارِثِ فِي الْوَكِيلِ يَبِيعُ وَيَسْتَتِنِي لِنَفْسِهِ الشَّرْكَهَ أَرْجُو أَلَّا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ. وَالثَّانِيَةُ: تَكْرَهُ نَقَلَهَا ابْنُ مَنْصُورٍ فِي رَجُلٍ يَدْفَعُ إِلَيْهِ الثُّوبَ يَبِيعُهُ فَإِذَا بَاعَهُ قَالَ: أَشْرِكْنِي فِيهِ، قَالَ: أَكْرَهُ هَذَا فَأَمَّا إِنْ أَدِنَ لَهُ الْمُوَكَّلُ فِي الشِّرَاءِ مِنْ نَفْسِهِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ، قَالَ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ رَوَايَةً وَاحِدَةً بِخِلَافِ النِّكَاحِ وَحَكَى الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ فِيهِ وَجْهًا آخَرَ بِالْمَنْعِ قَالَ: وَهَلْ يَكُونُ حُضُورُ الْمُوَكَّلِ وَسُكُوتُهُ كِذْبًا؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ أَشْبَهَهُمَا بِكَلَامِ أَحْمَدَ الْمَنْعُ، وَنَقَلَ أَحْمَدُ بْنُ نَصْرِ الْخَفَّافُ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَنْ لَهُ عَلَى رَجُلٍ خَمْسُونَ دِينَارًا فَوَكَّلَهُ فِي بَيْعِ دَارِهِ وَمَتَاعِهِ لِيَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ فَبَاعَهَا بِدَرَاهِمٍ لِيُصَارَفَ نَفْسَهُ وَيَأْخُذَهَا بِالْذَّنَائِرِ لَمْ يَجُزْ وَلَكِنْ يَبِيعُهَا وَيَسْتَقْصِي وَيَأْخُذُ حَقَّهُ قَالَ الْقَاضِي: ظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ يَبِيعُهَا بِغَيْرِ جِنْسٍ حَقَّهُ لِيَسْتَوْفِيَ مِنْهُ لِأَنَّ التَّهْمَةَ مَوْجُودَةٌ فِي عَقْدِ الصَّرْفِ لِنَفْسِهِ مِنْ نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا أَدِنَ لَهُ فِيهِ الْاسْتِيفَاءُ وَلَمْ يَأْذِنْ لَهُ فِي الْمُصَارَفَةِ فَإِذَا بَاعَهَا بِجِنْسٍ حَقَّهُ فَلَهُ الْاسْتِيفَاءُ مِنْهَا بِالْإِذْنِ لِأَنَّ يَدَهُ كَيْدٌ مُوَكَّلِهِ فَهُوَ يَقْبِضُ مِنْ يَدِ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ لَكِنْ هَذِهِ الْعِلَّةُ مَوْجُودَةٌ فِي شِرَاءِ الْمُوَكَّلِ مِنْ نَفْسِهِ وَكَذَلِكَ حَكَى فِي الْخِلَافِ فِي الْمَسَائِلَيْنِ رَوَايَتَيْنِ وَجَعَلَهَا صَاحِبُ التَّلْخِيصِ رَوَايَةً يَجُوزُ أَنَّ تَوَكُّلَ الْوَكِيلِ فِي إِيْفَاءِ نَفْسِهِ مِنْ جِنْسٍ حَقَّهُ خَاصَّةً وَتَكْرَرِ الشَّيْخِ مَجْدُ الدِّينِ أَنْ يَكُونَ فِيهَا دَلَالَةٌ عَلَى الْمَنْعِ مَدَّةَ الْبَيْعِ بِغَيْرِ جِنْسٍ الْحَقُّ لَا سِيَّمَا إِنْ كَانَ جِنْسُ الْحَقِّ غَيْرَ نَقْدِ الْبَلَدِ وَحَمَلَ قَوْلَ أَحْمَدَ يَبِيعُهَا عَلَى الدَّرَاهِمِ الَّتِي هِيَ الثَّمَنُ وَبَنَى ذَلِكَ عَلَى قَوْلِنَا بِمَنْعِ الْوَكِيلِ مِنَ الْبَيْعِ مِنْ نَفْسِهِ فَأَمَّا عَلَى قَوْلِنَا بِجَوَازِهِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ هَاهُنَا مُصَارَفَةُ نَفْسِهِ.

وَمِنْهَا: شِرَاءُ الْوَكِيلِ لِمُوَكَّلِهِ مِنْ مَالِهِ وَحُكْمُهُ حُكْمُ شِرَاءِ الْوَكِيلِ مِنْ مَالِ مُوَكَّلِهِ ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَغَيْرُهُ وَفِي مَسَائِلِ ابْنِ هَانِيٍّ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَنْ بَعَثَ إِلَيْهِ بِدَرَاهِمٍ لِيَشْتَرِيَ بِهَا مِنْ

بَعْضُ الْمَوَاضِعِ فَبَعَثَ إِلَيْهِمْ بِمَا عِنْدَهُ وَبَالَغَ فِي الاسْتِقْصَاءِ قَالَ مِمَّا لَا يُعْجِبُنِي أَنْ يَبْعَثَ إِلَيْهِمْ بِمَا عِنْدَهُ حَتَّى يَبَيِّنَ أَنَّهُ قَدْ بَعَثَ إِلَيْهِمْ مِنَ الْمَتَاعِ الَّذِي عِنْدَهُ.

وَمِنْهَا: شِرَاءُ الْوَصِيِّ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ وَحُكْمُهُ حُكْمُ شِرَاءِ الْوَكِيلِ، وَفِيهِ رَوَايَتَانِ مَنْصُوصَتَانِ وَلَمْ يَذْكُرْ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِيهِ سُبُوحَ الْمَنْعِ وَكَذَلِكَ حُكْمُ الْحَاكِمِ وَأَمِينِهِ فِي مَالِ الْيَتِيمِ وَتَوَجَّهَ التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْحَاكِمِ وَغَيْرِهِ فَإِنَّ الْحَاكِمَ وَلَا يَتُّهُ غَيْرُ مُسْتَنْدَةٍ إِلَى إِذْنٍ فَيَكُونُ عَامَةً بِخِلَافِ مَنْ أُسْنِدَتْ وَلَا يَتُّهُ إِلَى إِذْنٍ مِنْ غَيْرِهِ فِي التَّصَرُّفِ فَإِنَّ إِطْلَاقَ الْإِذْنِ لَهُ يَقْتَضِي أَنْ يَتَصَرَّفَ مَعَ غَيْرِهِ لَا مَعَ نَفْسِهِ كَمَا سَبَقَ وَقَدْ اعْتَمَدَ الْقَاضِي عَلَى هَذَا الْفَرْقِ بَيْنَ تَصَرُّفِ الْآبِ وَغَيْرِهِ.

وَمِنْهَا: الْوَكِيلُ فِي نِكَاحِ امْرَأَةٍ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا لِنَفْسِهِ عَلَى الْمَعْرُوفِ مِنَ الْمَذْهَبِ (١) وَقَدْ ذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى أَنَّهُ إِنْ أَذِنَ لَهُ الْوَكِيلُ فِي التَّوَكِيلِ فَوَكَّلَ غَيْرَهُ فَرَوَّجَهُ صَحَّ وَكَذَا إِنْ لَمْ يَأْذِنْ لَهُ وَقُلْنَا: لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكَّلَ مُطْلَقًا فَأَمَّا مَنْ لَهُ وَلَايَةٌ بِالشَّرْعِ كَالْوَكِيلِ وَالْحَاكِمِ وَأَمِينِهِ فَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَ نَفْسَهُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَشْتَرُوا مِنَ الْمَالِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَفَرَّقَ بَيِّنَاتٍ الْمَالِ الْقَصْدُ مِنْهُ الرِّبْحُ وَهَذَا يَقَعُ فِيهِ التَّهْمَةُ بِخِلَافِ النِّكَاحِ فَإِنَّ الْقَصْدَ مِنْهُ الْكَفَاءَةُ وَحُسْنُ الْعِشْرَةِ فَإِذَا وَجِدَ ذَلِكَ صَحَّ وَالْحَقُّ أَيْضًا الْوَصِيُّ بِذَلِكَ، وَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّ الْوَصِيَّ يُشَبَّهُ الْوَكِيلَ لِتَصَرُّفِهِ بِالْإِذْنِ وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْيَتِيمَةُ وَغَيْرُهَا صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي ذَلِكَ وَذَلِكَ حَيْثُ يَكُونُ لَهَا إِذْنٌ مُعْتَبَرٌ وَمَتَى زَوَّجَ أَحَدٌ مِنْ هَؤُلَاءِ نَفْسَهُ بِإِذْنِ الْمَرْأَةِ مِنْ غَيْرِ تَوَكِيلٍ بَلْ مُبَاشَرَةً لَطَرَفِي الْعَقْدِ فَفِي صِحَّتِهِ رَوَايَتَانِ وَإِنْ وَكَّلَ فِي أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ فَقَالَ: أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ يَصَحُّ رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ ابْنُ عَقِيلٍ، وَقَالَ: مَتَى؟ قُلْنَا: لَا يَصَحُّ أَنْ يَتَوَلَّاهُ بِنَفْسِهِ لَمْ يَصَحَّ عَقْدُ وَكَيْلِهِ لَهُ لِأَنَّ وَكَيْلَهُ قَامَ مَقَامَ نَفْسِهِ وَأَسْتَشْنَى مِنْ ذَلِكَ الْإِمَامُ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً لَيْسَ لَهَا وَكِيلٌ فَإِنَّهُ يَتَزَوَّجُهَا بِوَلَايَةِ أَحَدِ نَوَابِهِ لِأَنَّ نَوَابَهُ نَوَابٌ عَنِ الْمُسْلِمِينَ لَا عَنْهُ فِيمَا يَخْصُهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا عَمِلَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ فِي مَالِ الشَّرِكَةِ عَمَلًا يَمْلِكُ الاسْتِئْجَارَ عَلَيْهِ وَدَفَعَ الْأَجْرَةَ فَهَلْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْأَجْرَةَ أَمْ لَا؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: الْمُوصَى إِلَيْهِ بِإِخْرَاجِ مَالٍ لِمَنْ يَحُجُّ أَوْ يَغْزُو وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ وَيَحُجَّ بِهِ وَيَغْزُو نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ وَقَالَ: هُوَ مُتَعَدٌّ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ وَهَذَا تَصْرِيحٌ بِأَنَّهُ مَأْخُذُ الْمَنْعِ عَدَمُ تَنَاوُلِ اللَّفْظِ لَهُ.

(١) وفي كشف القناع ليس للوكيل أن يتزوجها لنفسه كالوكيل في البيع بيع لنفسه، لأن إطلاق الإذن يقتضى تزويجها غيره بخلاف من له. (٥٧/٥).

وَمِنْهَا: الْمَادُونُ لَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالٍ هَلْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ لِنَفْسِهِ إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِ الصَّدَقَةِ؟
 الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ ابْنُ بَخْتَانَ وَذَكَرَ فِي الْمُغْنِيِّ احْتِمَالَيْنِ
 آخَرَيْنِ: أَحَدُهُمَا: الْجَوَازُ مُطْلَقًا. وَالثَّانِي: الرَّجُوعُ إِلَى الْقَرَّائِنِ، فَإِنْ دَلَّتْ قَرِينَةٌ عَلَى الدَّخُولِ
 جَازَ الْأَخْذُ أَوْ عَلَى عَدَمِهِ لَمْ يَجْزُ وَمَعَ التَّرَدُّدِ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ وَالْجَوَازُ مُتَخَرِّجٌ مِنْ مَسْأَلَةِ
 شِرَاءِ الْوَكِيلِ وَأَوَّلَى إِذْ لَا عَوَضَ هَاهُنَا يَنْبَغِي وَهُوَ أَمِينٌ عَلَى الْمَالِ يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِالمَصْلَحَةِ
 وَلَكِنَّ الْأَوَّلَى سَدُّ الذَّرِيعَةِ لِأَنَّ مُحَابَاةَ النَّفْسِ لَا يُؤْمَنُ وَعَلَى هَذَا فَهَلْ لَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ مَنْ لَا
 تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ؟ لَهُ فِيهِ وَجْهَانِ: أَشْهَرُهُمَا الْمَنْعُ. وَالثَّانِي: الْجَوَازُ اخْتَارَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ
 وَالْمُحَرَّرُ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَكَّلَ غَرِمَهُ أَنْ يُبْرِئَ غُرَمَاءَهُ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِمْ بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ فَإِنْ سَمَّاهُ أَوْ وَكَّلَهُ
 وَحْدَهُ جَازَ ذَلِكَ كَمَا قُلْنَا: فِي الْبَيْعِ مِنْ نَفْسِهِ عَلَى الْأَصَحِّ ذَكَرَهُ فِي شَرْحِ الْهَدَايَةِ وَعَزَاهُ إِلَى
 الْقَاضِي وَأَبْنِ عَقِيلٍ قَالَ وَالْفُرُقُ عَلَى الْوَجْهِ الْآخِرِ افْتِقَارُ الْبَيْعِ إِلَى الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ بِخِلَافِ
 الْإِبْرَاءِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ فِي الْإِيمَانِ وَنَحْوَهَا مِنَ التَّعْلِيقَاتِ: مَنْ دَخَلَ دَارِي، أَوْ قَالَ: مَنْ دَخَلَ
 دَارَكَ لَمْ يَدْخُلِ الْمُتَكَلِّمُ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى وَلَا الْمُخَاطَبُ بِهَا فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ ذَكَرَهُ
 الْقَاضِي وَغَيْرُهُ.

وَمِنْهَا: الْأَمْوَالُ الَّتِي تَجِبُ الصَّدَقَةُ فِيهَا شَرْعًا لِلْجَهْلِ بِأَرْبَابِهَا كَالْغُصُوبِ وَالْوَدَائِعِ لَا
 يَجُوزُ لِمَنْ هِيَ فِي يَدِهِ الْأَخْذُ مِنْهَا عَلَى الْمَنْصُوصِ وَخَرَجَ الْقَاضِي جَوَازَ الْأَكْلِ لَهُ مِنْهَا إِذَا
 كَانَ فَقِيرًا عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فِي شِرَاءِ الْوَصِيِّ مِنْ نَفْسِهِ كَذَا نَقَلَهُ عَنْهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ وَأَفْتَى
 بِهِ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ فِي الْغَاصِبِ الْفَقِيرِ إِذَا تَابَ وَعَلَى الْمَذْهَبِ يَتَخَرَّجُ فِي إِعْطَاءِ مَنْ لَا
 تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ الْوَجْهَانِ وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يُحَاطَى بِهِ أَصْدِقَاءَهُ بَلْ يُعْطِيهِمْ أُسُوءَ
 بَعْضِهِمْ نَقَلَهُ عَنْهُ صَالِحٌ وَكَذَا نَقَلَ عَنْهُ الْمُرُودِيُّ إِذَا دَفَعَهَا إِلَى أَقَارِبَ لَهُ مُحْتَاجِينَ إِنْ كَانَ
 عَلَى طَرِيقِ الْمُحَابَاةِ لَا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ لَمْ يُحَاطَ بِهِمْ فَقَدْ تَصَدَّقَ وَنَقَلَ عَنْهُ حَرْبٌ إِذَا كَانَ لَهُ
 إِخْوَانٌ مُحَاطُونَ قَدْ كَانَ يَصِلُهُمْ أَيْجُوزُ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِمْ فَكَانَتْ اسْتِحْبَابٌ أَنْ يُعْطِيَ غَيْرَهُمْ
 وَقَالَ: لَا يُحَاطَى بِهَا أَحَدًا وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ جَعَلَ إِعْطَاءَهُمْ مَعَ اعْتِبَارِ صِلَتِهِمْ مُحَابَاةً فَكَذَلِكَ
 اسْتَحَبَّ الْعُدُولَ عَنْهُمْ بِالْكُلِّيَّةِ.

تَنْبِيْهُ: لَوْ وَصَّى لِعَبْدِهِ بِثُلْثِ مَالِهِ دَخَلَ فِي الْوَصِيَّةِ ثُلْثُ الْعَبْدِ نَفْسِهِ فَيَعْتِقُ، عَلَيْهِ نَصٌّ،

وَيَكْمَلُ عِثْقَهُ مِنْ بَاقِي الْوَصِيَّةِ لِأَنَّ مِلْكَهُ لِلْوَصِيَّةِ مَشْرُوطٌ بِعِثْقِهِ فَكَذَلِكَ دَخَلَ فِي عُمُومِ الْمَالِ الْمَوْصَى بِهِ ضَرُورَةٌ صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ لَهُ.

* * *

القاعدة الحادية والسبعون:

فِيمَا يَجُوزُ الْأَكْلُ مِنَ الْأَمْوَالِ بِغَيْرِ إِذْنٍ مُسْتَحَقِّهَا وَهِيَ نَوْعَانِ: مَمْلُوكٌ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغَيْرِ وَمَمْلُوكٌ لِلْغَيْرِ. فَأَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ مَالُ الزَّكَاةِ فَيَجُوزُ الْأَكْلُ مِمَّا تَتَوَقَّعُ إِلَيْهِ الْأَنْفُسُ وَيَشُقُّ الْإِنْكَافُ عَنْهُ مِنَ الثَّمَارِ بِقَدَرِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ ذَلِكَ وَيُطْعِمُ الْأَهْلَ وَالضُّيْفَانَ وَلَا يَحْتَسِبُ زَكَاتُهُ وَكَذَلِكَ يَجِبُ عَلَى الْخَارِصِ ^(١) أَنْ يَدَعَ خَرْصَهُ الثَّلَثُ أَوْ الرَّبْعَ بِحَسَبِ مَا يَقْتَضِيهِ الْحَالُ مِنْ كَثَرَةِ الْحَاجَةِ وَقِلَّتِهَا كَمَا دَلَّتْ عَلَيْهِ السُّنَّةُ ^(٢) فَإِنْ أُسْتَبْقِيَتْ وَلَمْ تُؤْكَلْ رَطْبَةٌ رَجَعَ عَلَيْهِمْ بِزَكَاتِهَا، وَأَمَّا الزَّرُّوعُ فَيَجُوزُ الْأَكْلُ مِنْهَا بِقَدَرِ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِأَكْلِهِ فَرِيكًا وَنَحْوَهُ نَصَّ عَلَيْهِ وَلَيْسَ لَهُ الْإِهْلَاءُ مِنْهَا، وَخَرَجَ الْقَاضِي فِي الْأَكْلِ مِنْهَا وَجْهَيْنِ مِنَ الْأَكْلِ مِنَ الزَّرُّوعِ الَّتِي لَيْسَ لَهَا حَافِظٌ.

وَأَمَّا الثَّانِي: فَيَنْقَسِمُ إِلَى مَا لَهُ مَالِكٌ مُعَيَّنٌ وَإِلَى مَا لَهُ مَالِكٌ غَيْرُ مُعَيَّنٍ فَأَمَّا مَا لَهُ مَالِكٌ غَيْرُ مُعَيَّنٍ كَالْهَدْيِ وَالْأَضَاحِيِّ فَيَجُوزُ لِمَنْ هِيَ فِي يَدِهِ وَهُوَ الْمُهْدِي وَالْمُضْحِي أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا وَيَدْنِخِرَ وَيَهْدِي كَمَا دَلَّتْ عَلَيْهِ السُّنَّةُ ^(٣)، وَهَلْ يَجُوزُ أَكْلُ أَكْثَرِ مِنَ الثَّلَثِ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ أَشْهَرُهُمَا الْجَوَازُ، وَهَلِ الْمُسْتَحَبُّ أَنْ يُقَسِّمَ الْهَدْيَ أَثَلَاثًا كَالْأَضَاحِيِّ أَوْ يَتَصَدَّقَ بِهِ كُلَّهُ أَوْ بِمَا يَأْكُلُهُ مِنْهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَأَمَّا مَا لَهُ مَالِكٌ مُعَيَّنٌ فَنَوْعَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ لَهُ عَلَيْهِ وَلَايَةٌ فَإِنْ كَانَتْ الْوَلَايَةُ عَلَيْهِ لِحِفْظِ نَفْسِهِ كَالرَّهْنِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ الْأَكْلُ مِمَّا يَدُهُ إِذَا كَانَ دَارًا وَالْإِنْتِفَاعُ بظَهْرِهِ إِذَا كَانَ مَرْكُوبًا لَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ يُعَاوِضَ عَنْهُ بِالنَّفَقَةِ وَإِنْ كَانَتْ الْوَلَايَةُ لِمَصْلَحَةِ الْمَوْلَى عَلَيْهِ فَالْمَتَّصُوصُ جَوَازُ الْأَكْلِ مِنْهُ أَيْضًا بِقَدَرِ عَمَلِهِ. وَيَخْرُجُ عَلَى ذَلِكَ صَوْرٌ:

مِنْهَا: وَلِكِيُّ الْيَتِيمِ يَأْكُلُ مَعَ الْحَاجَةِ بِقَدَرِ عَمَلِهِ وَهَلْ يَرُدُّهُ إِذَا أَيْسَرَ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ وَاخْتَارَ

(١) خَرَصَ النَّخْلَ وَالكَرْمَ: إِذَا حَزَرْتَ التَّمْرَ لِأَنَّ الْخَزَرَ إِذَا هُوَ تَقْدِيرُ بَطْنٍ لَا إِحَاطَةَ، فَالْخَرَصُ: وَهُوَ حَزْرٌ مَا عَلَى النَّخْلِ مِنَ الرُّطْبِ تَمَرًا، وَالْقَاعِلُ: الْخَارِصُ، وَكَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَبِيعُ الْخَرَاصَ عَلَى الْخَيْلِ خَيْرَ عِنْدَ إِدْرَاكِ ثَمَرِهَا. لِسَانُ الْعَرَبِ (٧/٢١).

(٢) قَوْلُهُ ﷺ: «إِذَا خَرَصْتُمْ فَدَعُوا الثَّلَثَ فَإِنْ لَمْ تَدَعُوا الثَّلَثَ فَدَعُوا الرَّبْعَ» وَهُوَ مِنْ بَابِ التَّوَسُّعِ عَلَى الْأَهْلِ. بِدَايَةُ الْمَجْهَدِ (١/١٩٦).

(٣) حَدِيثُ عَائِشَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «كُلُوا وَادْخَرُوا وَتَصَدَّقُوا» وَهُوَ فِي الصَّحِيحَيْنِ، الدَّرَارِيُّ الْمُضَيِّعَةُ (١/٣٨٥).

ابْنُ عَقِيلٍ أَنَّهُ يَأْكُلُ مَعَ الْحَاجَةِ وَعَدَمِهَا وَلَوْ فَرَضَ لَهُ الْحَاكِمُ شَيْئًا جَازَ لَهُ أَخْذُهُ مَجَانًا بِغَيْرِ خِلَافٍ هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي وَنَصَّ [عَلَيْهِ] أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ الْبِرْزَاطِيِّ فِي الْأُمِّ الْحَاضِيَةِ أَنَّهَا لَا تَأْكُلُ مِنْ مَالٍ وَلَكِنَّمَا إِلَّا لِضَرُورَةٍ إِلَّا أَنْ يَفْرَضَ لَهَا الْحَاكِمُ فِي الْمَالِ حَقُّ الْحَضَانَةِ وَوَجْهُهُ أَنَّ مَنْ أَعْطَاهُ غَيْرَهُ فَلَهُ تَزَوَّدَتْ مَعَ الْغِنَى بِخِلَافِ الْإِخْذِ بِنَفْسِهِ وَلِهَذَا أَجَازَ لِلْوَصِيِّ الْإِخْذَ إِذَا شَرَطَ لَهُ الْآبُ مَعَ غِنَاهُ وَجَازَ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَدْفَعَ مَالَ الْيَتِيمِ مُضَارَبَةً إِلَى مَنْ يَعْمَلُ فِيهِ بِجُزْءٍ مِنْ رِبْحِهِ وَلَمْ يَجُزْ لَهُ إِذَا عَمِلَ فِيهِ بِنَفْسِهِ أَنْ يَأْخُذَ وَلِهَذَا الْمَعْنَى جَازَ الْإِخْذَ لِعَامِلِ الزَّكَاةِ مَعَ الْغِنَى لِأَنَّ الْمُعْطِيَّ لَهُ [هُوَ] الْإِمَامُ.

وَمِنْهَا: أَمِينُ الْحَاكِمِ أَوْ الْحَاكِمُ إِذَا نَظَرَ فِي مَالِ الْيَتِيمِ. قَالَ الْقَاضِي مَرَّةً: لَا يَأْكُلُ وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَصِيِّ بِأَنَّ الْآبَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ لِلْوَصِيِّ جُعْلًا مَعَ وَجُودِ مُتَبَرِّعٍ بِالنَّظَرِ فِي مَالِ الْيَتِيمِ وَالْوَلِيُّ مُتَصَرِّفٌ بِإِذْنِهِ وَتَوَلَّيْتَهُ بِخِلَافِ أَمِينِ الْحَاكِمِ فَإِنَّهُ لَوْ وَجَدَ مُتَبَرِّعًا بِالْحِفْظِ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ لِأَحَدٍ جُعْلًا عَلَيْهِ. وَقَالَ مَرَّةً: لَهُ الْأَكْلُ كَوَصِيِّ الْآبِ وَأَخْذُهُ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ عَلَى أَنَّ الْحَاكِمَ يَأْخُذُ عَلَى الْقَضَاءِ أَجْرًا بِقَدْرِ شُغْلِهِ وَقَالَ: هُوَ مِثْلُ وَلِيِّ الْيَتِيمِ وَأَمَّا الْآبُ فَقَالَ الْقَاضِي: لَيْسَ لَهُ الْأَكْلُ لِأَجْلِ عَمَلِهِ لِنِغَاهُ عَنْهُ بِالتَّقَفَةِ الْوَاجِبَةِ فِي مَالِهِ وَلَكِنْ لَهُ الْأَكْلُ مِنْهُ بِجِهَةِ التَّمْلِيكِ عِنْدَنَا وَضَعَفَ ذَلِكَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ.

وَمِنْهَا: نَاطِرُ الْوَقْفِ وَالصَّدَقَاتِ وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى جَوَازِ أَكْلِهِ نَقْلَهُ عَنْهُ أَبُو الْحَارِثِ أَنَّهُ قَالَ فِي وَالِيِ الْوَقْفِ: إِنْ أَكَلَ مِنْهُ بِالْمَعْرُوفِ فَلَا بَأْسَ. قِيلَ لَهُ: فَيَقْضِي مِنْهُ دَيْنَهُ؟ قَالَ: مَا سَمِعْنَا فِيهِ شَيْئًا وَكَذَلِكَ نَقَلَ عَنْهُ حَرْبٌ فِي رَجُلٍ أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ بِأَرْضٍ أَوْ صَدَقَةً لِلْمَسَاكِينِ فَدَخَلَ الْوَصِيُّ الْحَاطِطُ أَوْ الْأَرْضُ فَتَنَاولَ بِطَيْخَةٍ أَوْ قِثَاءٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ قَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا كَانَ الْقِيَمُ بِذَلِكَ أَكَلَ. وَتَرَجَّمَ عَلَيْهِ بَعْضُ الْأَصْحَابِ -وَأُظْنَتْ أَبَا حَفْصٍ الْعَكْبَرِي- الْوَصِيُّ يَأْكُلُ مِنَ الْوَقْفِ الَّذِي يَلِيهِ وَهَذَا ظَاهِرٌ فِي أَنَّهُ لَا يَشْتَرُطُ لَهُ الْحَاجَةُ. وَخَرَجَهُ أَبُو الْخَطَّابِ عَلَى عَامِلِ الْيَتِيمِ وَنَقَلَ الْيَمُونِيُّ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ ذَكَرَ حَدِيثَ عُمَرَ حِينَ وَقَفَ فَأَوْصَى إِلَى حَفْصَةَ ثُمَّ قَالَ أَحْمَدُ: وَلِيَهُ يَأْكُلُ مِنْهُ بِالْمَعْرُوفِ إِذَا اشْتَرَطَ ذَلِكَ وَمَقْهُومُهُ الْمَنْعُ مِنَ الْأَكْلِ بِدُونِ الشَّرْطِ فَأَمَّا الْوَكِيلُ فِي الصَّدَقَةِ فَلَا يَأْكُلُ مِنْهُ شَيْئًا نَقَلَ يَعْقُوبُ بْنُ بُخْتَانَ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَجُلٍ فِي يَدِهِ مَالٌ لِلْمَسَاكِينِ وَأَبْوَابُ الْبِرِّ وَهُوَ فَقِيرٌ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ فَلَا يَأْكُلُ مِنْهُ إِنَّمَا أَمَرَ أَنْ يَنْقُذَ وَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ بِأَنَّ مَنْ أَوْصَى إِلَيْهِ بِتَفَرُّقَةٍ مَالٍ عَلَى الْمَسَاكِينِ أَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ رَجُلٌ فِي حَيَاتِهِ مَالًا لِيُفَرِّقَهُ صَدَقَةً لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ شَيْئًا بِحَقِّ قِيَامِهِ لِأَنَّهُ مُنْفَذٌ

وَلَيْسَ بِعَامِلٍ مِنْهُمُ وَأَسْتَعْرَاقُ.

وَمِنْهَا: الْوَكِيلُ وَالْأَجِيرُ وَالْمَعْرُوفُ مِنْهُمَا مِنَ الْأَكْلِ لَاسْتِغْنَائِهِمَا عَنْهُ بِطَلَبِ الْأَجْرَةِ مِنَ الْمُؤَجَّرِ وَالْمُوكَّلِ لَا سِيَّمَا وَالْأَجِيرُ قَدْ أَخَذَ الْأَجْرَةَ عَلَى عَمَلِهِ وَقَالَ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْوَكِيلِ وَالْوَصِيِّ يَأْكُلَانِ بِالْمَعْرُوفِ إِذَا كَانَا يُصْلِحَانِ وَيَقُومَانِ بِأَمْرِهِ فَأَكْلًا بِالْمَعْرُوفِ فَلَا بَأْسَ بِهِ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ وَالْأَجِيرِ، قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: وَظَاهِرُ هَذَا جَوَازُ الْأَكْلِ لِلْوَكِيلِ.

النُّوعُ الثَّانِي: مَا لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ فَيَجُوزُ الْأَكْلُ مِنْهُ لِلضَّرُورَةِ بِلَا نِزَاعٍ وَأَمَّا مَعَ عَدَمِهَا فَيَجُوزُ فِيمَا تَتَوَقَّعُ إِلَيْهِ النَّفْسُ مَعَ عَدَمِ الْحِفْظِ وَالْإِحْتَزَازِ عَلَيْهِ وَذَلِكَ فِي صُورٍ:

مِنْهَا: الْأَكْلُ مِنَ الْأَطْعِمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَطَعَامُ الدَّوَابِّ الْمُعَدَّةُ لِلرُّكُوبِ فَإِنْ كَانَتْ لِلتَّجَارَةِ فَفِيهِ رَوَايَتَانِ وَإِنْ كَانَتْ لِلتَّصِيدِ بِهَا فَوَجْهَانِ. وَسَوَاءٌ كَانَ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي أَشْهُرِ الطَّرِيقَيْنِ. وَفِي الثَّانِيَةِ لَا يَجُوزُ إِلَّا لِلْحَاجَةِ بِقَدَرِهَا وَفِي رَدِّ عَوَضِهَا فِي الْمَغْنَمِ رَوَايَتَانِ وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي مَحَلِّ الْجَوَازِ فَقِيلَ: مَحَلُّهُ مَا لَمْ يُحْرَزْهُ الْإِمَامُ فَإِذَا أُحْرَزَ أَوْ وَكَّلَ بِهِ مَنْ يَحْفَظُهُ لَمْ يَجْزِ الْأَكْلُ إِلَّا لِلضَّرُورَةِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْخِرَفِيِّ لِأَنَّ إِحْرَازَهُ مَنَعَ مِنَ التَّنَاوُلِ مِنْهُ وَأَمَّا قَبْلَ الْإِحْرَازِ فَإِنَّ حِفْظَهُ يَشُقُّ وَيُسَامَحُ بِمِثْلِهِ عَادَةً وَقِيلَ: يَجُوزُ الْأَكْلُ مَا دَامُوا فِي أَرْضِ الْحَرْبِ وَإِنْ أُحْرِزَ مَا لَمْ يَقْسَمْ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي، وَإِنْ فَضَلَتْ مِنْهُ فَضْلَةٌ فَهَلْ يَجِبُ رَدُّهَا مُطْلَقًا أَوْ يَشْتَرِطُ كَثَرَتُهَا؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا مَرَّ بِشَرٍّ غَيْرِ مَحْظُوطٍ وَلَا عَلَيْهِ نَظَرٌ فَلَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ مَعَ الْحَاجَةِ وَعَدَمِهَا وَلَا يَحْمِلُ عَلَى الصَّحِيحِ الْمَشْهُورِ مِنَ الْمَذْهَبِ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُسَاقِطِ عَلَى الْأَرْضِ وَمَا عَلَى الشَّجَرِ كَمَا دَلَّتْ عَلَيْهِ السُّنَّةُ وَتَنْزِيلًا لِتَرْكِهِ بِغَيْرِ حِفْظٍ مَعَ الْعِلْمِ بِتَوَقُّانِ نَفْسِ الْمَارَةِ إِلَيْهِ مَنْزِلَةَ الْإِذْنِ فِي الْأَكْلِ مِنْهُ لِدَلَالَتِهِ عَلَيْهِ عُرْفًا مَعَ الْعِلْمِ بِتَسَامُحِ غَالِبِ النَّفْسِ فِي بَذْلِ بَسِيرِ الْأَطْعِمَةِ بِخِلَافِ الْمَحْظُوطِ بِنَظَرٍ أَوْ حَاطِطٍ فَإِنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْمَنَعِ مِنْهُ وَفِي الْمَذْهَبِ رَوَايَةٌ ثَانِيَةٌ بِجَوَازِ الْأَكْلِ مِنَ الْمُسَاقِطِ دُونَ مَا عَلَى الشَّجَرِ لِأَنَّ الْمُسَامَحَةَ فِي الْمُسَاقِطِ أَظْهَرَ^(١) لِسُرْعِ الْفَسَادِ إِلَيْهِ وَلَمْ يُشْتَبَهِ الْقَاضِي. وَرَوَايَةٌ ثَالِثَةٌ بِمَنَعِ الْأَكْلِ مُطْلَقًا إِلَّا مَعَ الْحَاجَةِ فَيُؤْكَلُ حَيْثُ دُونَ مَجَانًا بِغَيْرِ عَوَضٍ وَعَلَى الْمَذْهَبِ الْمَشْهُورِ هَلْ يُلْحَقُ الزَّرْعُ وَلَبَنُ الْمَوَاشِيِّ بِالثَّمَارِ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ فَإِنَّ الْأَكْلَ مِنَ الزَّرْعِ وَحَلَبَ اللَّبَنِ مِنَ الضَّرْعِ إِنَّمَا يُفْعَلُ لِلْحَاجَةِ لَا لِلشَّهْوَةِ.

* * *

القَاعِدَةُ الثَّانِيَّةُ وَالسَّبْعُونَ:

اِشْتَرَا طُ الثَّقَفَةُ وَالْكِسُوفَةُ فِي الْعُقُودِ يَقَعُ عَلَى وَجْهَيْنِ مُعَاوَضَةٌ وَغَيْرُ مُعَاوَضَةٍ فَأَمَّا الْمُعَاوَضَةُ فَتَقَعُ فِي الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ وَيَمْلِكُ فِيهَا الطَّعَامُ وَالْكِسُوفَةُ كَمَا يَمْلِكُ غَيْرُهُمَا مِنَ الْأَمْوَالِ الْمُعَاوَضِ بِهَا فَإِنْ وَقَعَ التَّفَاسُخُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ رَجَعَ بِمَا عَجَلَ مِنْهَا إِلَّا فِي نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ وَكِسُوفَتِهَا فَإِنَّ فِي الرُّجُوعِ بِهِمَا ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ ثَالِثُهَا يَرْجِعُ بِالثَّقَفَةِ دُونَ الْكِسُوفَةِ.

فَمِنْهَا: الْإِجَارَةُ فَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الظَّئْرِ^(١) بِطَعَامِهَا وَكِسُوفَتِهَا عَلَى الصَّحِيحِ وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ لَمْ يَجْعَلْ فِيهِ خِلَافًا.

وَمِنْهَا: اسْتِئْجَارُ غَيْرِ الظَّئْرِ مِنَ الْأَجْرَاءِ بِالطَّعَامِ وَالْكِسُوفَةِ وَفِيهِ رَوَايَتَانِ أَحَدُهُمَا الْجَوَازُ كَالظَّئْرِ.

وَمِنْهَا: الْبَيْعُ فَلَوْ بَاعَهُ ثَوْبًا بِنَفَقَةٍ عِنْدِهِ شَهْرًا صَحَّ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَمِنْهَا: النِّكَاحُ تَقَعُ الثَّقَفَةُ وَالْكِسُوفَةُ فِيهِ عَوَضًا عَنْ تَسْلِيمِ الْمَنَافِعِ وَلَا يُحْتَاجُ إِلَى شَرْطِهَا فِي الْعَقْدِ كَمَا لَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى ذِكْرِ الْمَهْرِ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ أَصْلُ الْإِسْتِبَاحَةِ وَلَوْ شَرَطَتْ عَلَيْهِ نَفَقَةً وَلَدَهَا وَكِسُوفَتِهِ صَحَّ وَكَانَ مِنَ الْمَهْرِ.

وَأَمَّا غَيْرُ الْمُعَاوَضَةِ فَهُوَ إِبَاحَةُ الثَّقَفَةِ لِلْعَامِلِ مَا دَامَ مُتَلَبِّسًا بِالْعَمَلِ وَيَقَعُ ذَلِكَ فِي الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ إِمَّا بِأَصْلِ الْأَصْلِ أَوْ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْمُعَاوَضَةُ فِيهِ بِالشَّرْعِ وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ صُورٌ:

مِنْهَا: الْمُضَارَبَةُ، فَيَجُوزُ اِشْتِرَا طُ الْمُضَارِبِ الثَّقَفَةَ وَالْكِسُوفَةَ فِي مُدَّةِ الْمُضَارَبَةِ.

وَمِنْهَا: الشَّرِكَةُ. وَمِنْهَا: الْوِكَالَةُ. وَمِنْهَا: الْمُسَاقَاةُ وَالْمُزَارَعَةُ، إِذَا قُلْنَا: بِعَدَمِ لُزُومِهَا وَمَا بَقِيَ مَعَهُمُ مِنَ الثَّقَفَةِ الْمَأْخُودَةِ وَالْكِسُوفَةِ بَعْدَ الْفَسْخِ هَذِهِ الْعُقُودُ هَلْ يَسْتَقِرُّ مِلْكُهُمْ عَلَيْهِ أَمْ لَا؟ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَسْتَقِرَّ لِأَنَّ مَا يَتَنَاوَلُهُ إِنَّمَا هُوَ عَلَى وَجْهِ الْإِبَاحَةِ لَا الْمِلْكِ، وَلِهَذَا قَالَ الْأَصْحَابُ: إِذَا اشْتَرَطَ الْمُضَارِبُ التَّسَرِّيَ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ فَاشْتَرَى أَمَةً مِنْهُ مِلْكُهَا، وَيَكُونُ ثَمْنُهَا قَرْضًا عَلَيْهِ لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يُسْتَبَاحُ بِدُونِ الْمِلْكِ بِخِلَافِ الْمَالِ فَإِنَّهُ يُسْتَبَاحُ بِالْبَدْلِ وَالْإِبَاحَةِ كَمَا يَسْتَبِيحُ الْمُرْتَهَنُ الْإِثْنَاعَ بِالرَّهْنِ بِشَرْطِهِ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدٌ وَيَكُونُ إِبَاحَةً وَأَشَارَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ إِلَى رَوَايَةٍ أُخْرَى يَمْلِكُ الْمُضَارِبُ الْأَمَةَ بِغَيْرِ عَوَضٍ وَعَلَى هَذَا فَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ الثَّقَفَةُ وَالْكِسُوفَةُ تَمْلِكُهَا فَلَا يَرُدُّ مَا فَضَلَ مِنْهُمَا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ

(١) الظئر: المرضعة لغير ولدها، والجمع: ظؤور. لسان العرب (٤/٥١٥)، النهاية في غريب الحديث (١/

اليسير والكثير كما في المأخوذ من المغنم.

ومنها: إذا أخذ الحاج نفقة من غيره ليحج عنه فإنه عقد جائز والثقة فيه إعانة على الحج لا أجره ويتفق على نفسه بالمعروف إلى أن يرجع إلى بلده وإن فصلت فضلة ردها نص عليه وكذا إن كانت الحجة عن الميت بأن تكون حجة الإسلام أو أوصى بأن يحج عنه فإن فاضل الثقة يسترده الورثة إلا أن يعين الموصي في وصيته إعطاء مقدار معين لمن يحج عنه حجة فإن الفاضل يكون له في المعروف من المذهب ونقل ابن منصور عن أحمد إذا قال حجوا عني بألف [درهم] حجة يحج عنه حجة وما فضل يرد إلى الورثة، وهذا يدل على أنه لا يجوز أن يدفع إلى من يحج أكثر من نفقته ولم يجعل الباقي وصية لأن الحاج هنا غير معين فلا تصح الوصية له بخلاف ما إذا كان معيناً ووجه المذهب أن الموصى له يتعين بحج فيصير معلوماً وإن قال: حجوا عني بألف ولم يقل: حجة فالمذهب أنها تصرف في حجة بعد أخرى حتى تنفذ، وحكى ابن أبي موسى رواية أخرى أنه يحج عنه حجة واحدة بنفقة المثل والباقي للورثة.

ومنها: إذا أخذ الحاج من الزكاة ليحج به فإنه يجوز بناء على قولنا إن الحج من السبل فإن حج ثم فصلت فضلة فهل يسترد أم لا؟ الأظهر استرداها كالوصية وأولى لأن هذا المال يجب صرفه في مصارفه المعينة شرعاً ولا يجوز الإخلال بذلك بخلاف فاضل الوصية فإن الحق فيه للورثة ولهم تركه وقياس قول الأصحاب في الغاري: أنه لا يسترد وظاهر كلام أحمد في رواية الميموني أن الدابة لا تسترد ولا يلزم مثله في الثقة لأن الدابة قد صرفت في سبل الله بخلاف فاضل الثقة ويملكها بخروجه من بلده بخلاف الغاري نص [عليه أحمد] في رواية الميموني وعلل بأنه من حين يخرج فهو ابن سبل له حق في الزكاة، والغاري إنما أعطي للغزو فلا يملك بدونه وهذا يرجع إلى أن من أخذ بسبب فانتفى وخلفه سبب آخر مباح للأخذ أن له الإمساك بالسبب الثاني وفيه خلاف بين الأصحاب.

ومنها: إذا أخذ الغاري نفقة أو فرساً ليغزو عليها فإنه يجوز ويكون عقداً جائزاً لا لازماً وهو إعانة على الجهاد لا استئجار عليه فإن رجع والفرس معه ملكها ما لم يكن وفقاً أو عارية نص عليه أحمد ولا يملكها حتى يغزو. وقال القاضي في خلافه: ويكون تملكاً بشرط ومعناه أنه تملك مرعى بشرط الغزو فإن غزا تبين أن ملكه بالقبض فإن قاعدة المذهب أن الهبة لا تقبل التعليق وكذلك عقود المعاوضات وإن فضل معه من الكسوة فهو

كَالْفَرَسِ وَإِنْ فَضَلَ مِنَ التَّفَقَّةِ فِيهِ رَوَيْتَانِ:

أَحَدَاهُمَا: يَمْلِكُهَا أَيْضًا نَقْلَهَا عَلَيَّ بْنُ سَعِيدٍ.

وَالثَّانِيَّةُ: يَرُدُّ الْفَاضِلُ فِي الْغَزْوِ إِلَّا أَنْ يُؤْذَنَ لَهُ فِي الْاسْتِعَانَةِ بِهِ فِي غَزْوَةٍ أُخْرَى نَقْلَهَا حَنْبَلٌ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ التَّفَقَّةِ وَغَيْرِهَا أَنَّ الدَّابَّةَ قَدْ صُرِفَتْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَاسْتُعْمِلَتْ فِيهِ وَكَذَلِكَ الْكِسْوَةُ يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ بِهَا بِخِلَافِ مَا فَضَلَ مِنَ التَّفَقَّةِ فَأَمَّا إِنْ أَخَذَ مِنَ الزَّكَاةِ ثُمَّ فَضَلَتْ فَضْلُهُ فَقَالَ الْخُرَقِيُّ وَالْأَكْثَرُونَ: لَا تُسْتَرَدُّ وَحَكِيَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ وَغَيْرُهُ وَجْهَيْنِ وَقَدْ قَدَّمْنَا الْفَرْقَ بَيْنَ مَالِ الزَّكَاةِ وَغَيْرِهِ، وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْمُرُوذِيِّ عَلَى أَنَّ الدَّابَّةَ تَكُونُ لَهُ وَلَا يَلْزَمُ مِثْلُهُ فِي التَّفَقَّةِ لِمَا قَدَّمْنَا.

* * *

القاعدة الثالثة والسبعون:

اشْتِرَاطُ نَفْعٍ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فِي الْعَقْدِ عَلَى ضَرِيئِنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ اسْتِجَارًا لَهُ مُقَابَلًا بِعَوَضٍ فَيَصِحُّ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ كَاشْتِرَاطِ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ خِيَاطَةَ الثُّوبِ أَوْ قِصَارَتَهُ أَوْ حَمْلَ الْحَطَبِ وَنَحْوَهُ، وَلِذَلِكَ يَزْدَادُ بِهِ الثَّمَنُ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ إِرْزَامًا لَهُ لِمَا لَا يَلْزَمُهُ بِالْعَقْدِ بِحَيْثُ يَجْعَلُ لَهُ ذَلِكَ مِنْ مُقْتَضَى الْعَقْدِ وَلَوْ أَرَمَهُ مُطْلَقًا وَلَا يَقَابِلُ بِعَوَضٍ فَلَا يَصِحُّ وَلَهُ امْتِلَاةٌ:

مِنْهَا: اشْتِرَاطُ مُشْتَرِي الزَّرْعِ الْقَائِمِ فِي الْأَرْضِ حَصَادَهُ عَلَى الْبَائِعِ فَلَا يَصِحُّ وَيَفْسُدُ بِهِ الْعَقْدُ ذَكَرَهُ الْخُرَقِيُّ وَحَكِيَ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي فَسَادِهِ بِهِ وَجْهَيْنِ لِأَنَّ حَصَادَ الزَّرْعِ قَدْ يَتَوَهَّمُ أَنَّهُ مِنْ تَمَامِ التَّسْلِيمِ الْوَاجِبِ كَمَا ظَنَّهُ بَعْضُ الْفُقَهَاءِ.

وَمِنْهَا: اشْتِرَاطُ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فِي الْمُسَاقَاةِ وَالْمُزَارَعَةِ عَلَى الْآخِرِ مَا لَمْ يَلْزَمَهُ بِمُقْتَضَى الْعَقْدِ فَلَا يَصِحُّ وَفِي فَسَادِ الْعَقْدِ بِهِ خِلَافٌ وَيَتَخَرَّجُ صِحَّةُ هَذِهِ الشُّرُوطِ أَيْضًا مِنَ الشُّرُوطِ فِي النِّكَاحِ وَغَيْرِهَا وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَكْثَرِ الْمُتَأَخِّرِينَ وَلِذَلِكَ اسْتَشْكَلُوا مَسْأَلَةَ الْخُرَقِيِّ فِي حَصَادِ الزَّرْعِ.

وَمِنْهَا: شَرْطُ إِيْفَاءِ الْمُسْلِمِ فِيهِ فِي غَيْرِ مَكَانِ الْعَقْدِ وَحَكِيَ فِي صِحَّتِهِ رَوَيْتَانِ وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فَسَادُهُ فِي رِوَايَةٍ مِنْهَا وَأَوْمَأَ إِلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ وَقَالَ ابْنُ مَنْصُورٍ لَيْسَ فِي حَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ تَسْمِيَةُ الْمَكَانِ يُشِيرُ بِذَلِكَ إِلَى أَنَّ السَّلَامَ يُشْتَرَطُ فِيهِ أَنْ

يُذَكَّرُ فِي الْعَقْدِ أَوْصَافُ الْمُسْلِمِ فِيهِ قَدْرُهُ وَزَمَانُ مُحَلِّهِ كَمَا دَلَّ عَلَيْهِ الْحَدِيثُ^(١) وَلَيْسَ فِيهِ ذِكْرُ مَكَانٍ لِإِفَائِهِ فَاشْتِرَاطُ ذِكْرِ مَكَانِهِ يُؤْهِمُ أَنَّ ذَلِكَ مِنْ جِنْسٍ مَا ذُكِرَ زَمَانُهُ وَأَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ بِنَفْسِ الْعَقْدِ بِخِلَافِ غَيْرِهِ مِنَ الْيُوعِ الَّتِي لَا يُذَكَّرُ فِي عَقُودِهَا شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ.

* * *

القاعدة الرابعة والسبعون:

فِيمَنْ يَسْتَحِقُّ الْعَوَضَ عَنْ عَمَلٍ بِغَيْرِ شَرْطٍ وَهُوَ نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَعْمَلَ الْعَمَلَ وَدَلَالَةُ حَالِهِ تَقْتَضِي الْمَطْلَبَةَ بِالْعَوَضِ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَعْمَلَ عَمَلًا فِيهِ غَنَاءٌ عَنِ الْمُسْلِمِينَ وَفِيَّامٍ بِمَصَالِحِهِمُ الْعَامَّةِ أَوْ فِيهِ اسْتِنْقَادُ لِمَالٍ مَعْصُومٍ مِنَ الْهَلَكَةِ أَمَّا الْأَوَّلُ أَفْسَدُهُ تَحْتَهُ صُورٌ كَثِيرَةٌ كَالْمَلَّاحِ وَالْمُكَارِي وَالْحَجَّامِ وَالْقَصَّارِ وَالْخِيَاطِ وَالْدَّلَّالِ وَنَحْوِهِمْ مِمَّنْ يَرْصُدُ نَفْسَهُ لِلتَّكْسِبِ بِالْعَمَلِ، فَإِذَا عَمِلَ اسْتَحَقَّ أَجْرَهُ الْمِثْلَ وَإِنْ لَمْ يَسْمَ لَهُ شَيْءٌ نَصَّ عَلَيْهِ. وَأَمَّا الثَّانِي: فَيَدْخُلُ تَحْتَهُ صُورٌ:

مِنْهَا: مَنْ قَتَلَ مُشْرِكًا فِي حَالِ الْحَرْبِ مُعَرِّرًا بِنَفْسِهِ فِي قِتْلِهِ فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ سَلْبَهُ بِالشَّرْعِ^(٢) لَا بِالشَّرْطِ فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: الْعَامِلُ عَلَى الصَّدَقَاتِ فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ أَجْرَهُ عَمَلَهُ بِالشَّرْعِ. قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ صَالِحَةٍ: الْعَامِلُونَ عَلَيْهَا، الَّذِينَ جَعَلَ اللَّهُ لَهُمُ الثَّمَنَ فِي كِتَابَةِ السُّلْطَانِ وَقَالَ فِي رِوَايَةِ حَبْلٍ: يَكُونُ لَهُمُ الَّذِي يَرَاهُ الْإِمَامُ وَظَاهِرُ هَذَا أَنْ يَجِبَ ذَلِكَ لَهُ بِالشَّرْعِ إِمَّا مُقَدَّرًا أَوْ غَيْرَ مُقَدَّرٍ وَالْوَلِيُّ يَأْخُذُ بِنَفْسِهِ وَقَدْ أَمَرَهُ اللَّهُ بِالِاسْتِعْفَافِ مَعَ الْغِنَى وَأَيْضًا فَأَمْوَالُ الزَّكَاةِ حَقٌّ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ بِخِلَافِ مَالِ الْيَتِيمِ وَأَيْضًا فَمَالُ الزَّكَاةِ يَسْتَحِقُّهُ جَمَاعَةٌ مِنَ الْغِنَى فَالْعَامِلُ الَّذِي حَصَلَ الزَّكَاةُ وَجَبَها أَوْلَى وَأَيْضًا فَالْعَامِلُ هُوَ الَّذِي جَمَعَ الْمَالَ وَحَصَلَهُ بِخِلَافِ وَلِيِّ الْيَتِيمِ وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ أَنَّ قِيَاسَ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْعَامِلَ لَا يَسْتَحِقُّ إِذَا لَمْ يُشَرْطْ لَهُ جُعْلٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعْرُوفًا بِأَخْذِ الْأَجْرَةِ عَلَى عَمَلِهِ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ لِأَنَّ حَقَّهُ ثَابِتٌ بِالنَّصِّ فَهُوَ كَجُعْلٍ رَدَّ الْإِبَاقِ وَأَوْلَى لَوُرُودِ الْقُرْآنِ بِهِ.

وَمِنْهَا: مَنْ رَدَّ أَقْبًا عَلَى مَوْلَاهُ فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ عَلَى رَدِّهِ جُعْلًا بِالشَّرْعِ سَوَاءً شَرْطَهُ أَوْ لَمْ

(١) «من أسلف فلا يسلف إلا في كيل معلوم ووزن معلوم». أخرجه مسلم في صحيحه ح (١٦٠٤) (٣/ ١٢٢٧)، والبخاري ح (٢١٢٣)، (٤٢٩/٤) فتح الباري.

(٢) حديث «من قتل كافرًا فله سلبه»، أخرجه الدارمي ح (٣٤٨٤) (٢/ ٣٠١)، وابن حبان في باب صدقة التطوع ح (٣٣٠٨) (٨/ ١٠٢، ١٠٣).

يَشْرُطُهُ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ وَفِيهِ أَحَادِيثُ مُرْسَلَةٌ وَأَثَارٌ^(١) وَالْمَعْنَى فِيهِ الْحَثُّ عَلَى حِفْظِهِ عَلَى سَيِّدِهِ وَصِيَانَةِ الْعَبْدِ عَمَّا يَخَافُ مِنْ لِحَاقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ وَالسَّعْيِ فِي الْأَرْضِ بِالْفَسَادِ وَلِهَذَا الْمَعْنَى اخْتَصَّ الْوُجُوبُ بِرَدِّ الْآبِقِ [دُونَ غَيْرِهِ مِنَ الْحَيَوَانِ وَالْمَتَاعِ وَسَوَاءٌ كَانَ مَعْرُوفًا بِرَدِّ الْإِبَاقِ] أَوْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا السُّلْطَانُ فَإِنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ لَا تَنْصَابِهِ لِلْمَصَالِحِ وَلَهُ حَقٌّ فِي بَيْتِ الْمَالِ عَلَى ذَلِكَ وَكَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْأَكْلُ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ كَمَا سَبَقَ.

وَمِنْهَا: مَنْ أَنْقَذَ مَالَ غَيْرِهِ مِنَ التَّلَفِ كَمَنْ خَلَّصَ عَبْدَ غَيْرِهِ مِنْ فَلَاحٍ مُهْلِكَةٍ أَوْ مَتَاعَهُ مِنْ مَوْضِعٍ يَكُونُ هَلَاكُهُ فِيهِ مُحَقَّقًا أَوْ قَرِيبًا مِنْهُ بِالْبَحْرِ وَفِي السَّبْعِ فَتَصَّ أَحْمَدُ عَلَى وَجُوبِ الْأَجْرَةِ لَهُ فِي الْمَتَاعِ وَذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُغْنِيِّ فِي الْعَبْدِ أَيْضًا وَحَكَى الْقَاضِي فِيهِ احْتِمَالًا بِعَدَمِ الْوُجُوبِ كَاللَّقْطَةِ وَأُورِدَ فِي الْمُجَرَّدِ عَنْ نَصِّ أَحْمَدَ فِيمَنْ خَلَّصَ مِنْ فَمِ السَّبْعِ شاةً أَوْ خَرُوفًا أَوْ غَيْرَهُمَا فَهُوَ لِمَالِكِهِ الْأَوَّلِ وَلَا شَيْءَ لِلْمُخْلَصِ وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ لَأَنَّ هَذَا يُخْشَى هَلَاكُهُ وَتَلَفُهُ عَلَى مَالِكِهِ بِخِلَافِ اللَّقْطَةِ وَكَذَلِكَ لَوْ انْكَسَرَتِ السَّقِينَةُ فَخَلَّصَ قَوْمُ الْأَمْوَالِ مِنَ الْبَحْرِ فَإِنَّهُ يَجِبُ لَهُمْ الْأَجْرَةُ عَلَى الْمَلِكِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْمُغْنِيِّ لَأَنَّ فِيهِ حَتًّا وَتَرْغِيبًا فِي إِنْقَازِ الْأَمْوَالِ مِنَ التَّهْلُكَةِ فَإِنَّ الْعَوَاصِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ غَرَرَ بِنَفْسِهِ وَبَادَرَ إِلَى التَّخْلِيسِ بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ فَهُوَ فِي مَعْنَى رَدِّ الْآبِقِ وَفِي مُسَوِّدَةٍ شَرَحَ الْهَدَايَةَ لِأَيِّ الْبَرَكَاتِ: وَعِنْدِي أَنَّ كَلَامَ أَحْمَدَ عَلَى ظَاهِرِهِ فِي وَجُوبِ الْأَجْرَةِ عَلَى تَخْلِيسِ الْمَتَاعِ مِنَ الْمَهَالِكِ دُونَ الْأَدَمِيِّ لَأَنَّ الْأَدَمِيَّ أَهْلٌ فِي الْجُمْلَةِ لِحِفْظِ نَفْسِهِ وَفِيهِ نَظَرٌ وَقَدْ يَكُونُ صَغِيرًا أَوْ عَاجِزًا وَتَخْلِيسُهُ أَهَمُّ وَأَوْلَى مِنَ الْمَتَاعِ وَلَيْسَ فِي كَلَامِ أَحْمَدَ تَفَرُّقٌ فَأَمَّا مَنْ عَمِلَ فِي مَالِ غَيْرِهِ عَلَى غَيْرِ مَا ذَكَرْنَا فَالْمَعْرُوفُ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا أَجْرَةَ لَهُ وَنَقَلَ أَبُو جَعْفَرٍ الْجُرْجَانِيُّ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَجُلٍ عَمِلَ فِي قَنَاةِ رَجُلٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَقَالَ: لِهَذَا الَّذِي عَمِلَ نَفَقَتُهُ إِذَا عَمِلَ مَا يَكُونُ مَصْلَحَةً لِصَاحِبِ الْقَنَاةِ وَهَذِهِ تَخْرُجُ عَلَى أَصْلَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْغَاصِبَ يَكُونُ شَرِيكًا بِأَثَارِ عَمَلِهِ. وَالثَّانِي: أَنَّ يُجْبَرَ عَلَى أَخْذِ قِيمَةِ أَثَارِ عَمَلِهِ مِنَ الْمَالِكِ لِتَمْلُكِهَا عَلَيْهِ وَخَرَجَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِأَنَّ يَكُونُ شَرِيكًا بِأَثَارِ عَمَلِهِ إِذَا زَادَتْ بِهِ الْقِيمَةُ وَذَكَرَ نَصَّ أَحْمَدَ فِي الْعَمَلِ فِي الْقَنَاةِ مِنْ رِوَايَةِ حَرْبٍ وَأَبْنِ هَانِي وَتَبِعَهُ عَلَى ذَلِكَ جَمَاعَةٌ

(١) «من رد أبقًا استحق دينارًا أو اثني عشر درهمًا» سواء جاء به من المصر أو خارج المصر في إحدى الروايتين. الإنصاف للمرداوي (٣/٣٩٥) عن القاضي في الجامع الصغير.

مِنَ الْأَصْحَابِ وَحَمَلَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي مُفْرَدَاتِهِ هَذِهِ التَّصَوُّصَ عَلَى أَنَّ الْعَامِلَ هُنَا فِي الْقَنَاءِ كَانَ شَرِيكًا فِيهَا وَلَيْسَ فِي الْمَنْصُوصِ شَيْءٌ يُشْعِرُ بِذَلِكَ.

وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ أَقَرَّ التَّصَوُّصَ عَلَى ظَاهِرِهَا وَجَعَلَ هَذَا الْحُكْمَ مُطَرِّدًا فِي كُلِّ مَنْ عَمِلَ عَمَلًا كَثِيرًا فِيهِ مَصْلَحَةٌ لَهُ وَهُوَ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ كَحَصَادِ زَرْعِهِ وَالِاسْتِخْرَاجِ مِنْ مَعْدِنِهِ وَنَحْوِ ذَلِكَ تَخْرِيجًا مِنَ الْعَمَلِ فِي الْقَنَاءِ وَمِنْهُمْ الْحَارِثِيُّ وَكَانَتْهُمْ جَعَلُوهُ بِمَنْزِلَةِ تَصَرُّفِ الْقُضُولِيِّ فَلِلْمَالِكِ حَيْثُ تَلُو أَنْ يُضْمِيَهُ وَيَرُدَّ عَوْضُهُ وَهُوَ أَجْرَةُ الْمِثْلِ وَلَهُ أَنْ يُضْمِيَهُ فَيَكُونَ الْعَامِلُ شَرِيكًا بِالْعَمَلِ وَقَدْ قَالَ الْقَاضِي فِي بَعْضِ تَعَالِيْقِهِ وَقَرَأْتُهُ بِخَطِّهِ فِي الْأَجِيرِ: إِذَا عَمِلَ فِي الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرِ عَلَيْهَا دُونَ مَا شَرَطَ عَلَيْهِ أَنَّ الْمَالِكَ مُخَيَّرٌ إِنْ شَاءَ رَدَّ عَمَلَهُ وَأَخَذَ وَصَارَ الْأَجِيرُ شَرِيكًا بِعَمَلِهِ وَإِنْ شَاءَ قَبِلَ الْعَمَلَ وَرَجَعَ عَلَى الْأَجِيرِ بِالْأَرْضِ وَذَكَرَ نَصَّ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ بِالرُّجُوعِ بِالْأَرْضِ ثُمَّ حَمَلَهُ عَلَى أَنَّهُ كَانَ قَدْ رَضِيَ بِالْعَمَلِ. وَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: قِيَاسُ الْمَذْهَبِ إِذَا لَمْ يَأْتِ الْحَاثِكُ بِالثُّوبِ عَلَى الصِّفَةِ الْمَشْرُوطَةِ إِنْ شَاءَ ضَمَنَهُ قِيَمَةَ الْغَزْلِ وَلَا أَجْرَةَ لَهُ وَإِنْ شَاءَ ضَمَنَهُ قِيَمَتَهُ مَسْجُوجًا وَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ، وَتَكُونُ الْأَجْرَةُ هَاهُنَا بِمَا زَادَ عَلَى قِيَمَةِ الْغَزْلِ. ثُمَّ ذَكَرَ رِوَايَةَ الْمَيْمُونِيِّ فِي هَذِهِ وَقَالَ: هِيَ مَحْمُولَةٌ عَلَى أَنَّ صَاحِبَ الدُّبِّ اخْتَارَ تَقْوِيمَهُ مَعْمُولًا وَالتَّزَمَ قِيَمَةَ الصَّنْعَةِ الَّتِي هِيَ دُونَ النَّبِيِّ وَأَفَقَّهُ عَلَيْهَا وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ بَعِيدٌ جِدًّا أَنْ يُضْمِنَ الْمَالِكُ الصَّانِعَ قِيَمَةَ الثُّوبِ مَعَ بَقَائِهِ وَلَا يَصِحُّ حَمْلُ كَلَامِ أَحْمَدَ عَلَى مَا قَالَهُ لِأَنَّ أَحْمَدَ قَالَ: يُنْظَرُ مَا يَنْتَهَمَا فَيُرْجَعُ بِهِ عَلَى الصَّانِعِ، وَهَذَا تَصْرِيحٌ بِالرُّجُوعِ عَلَيْهِ بِالْأَرْضِ خَاصَّةً. وَابْتِغَاءً فَلَوْ غَضِبَ غَزْلًا وَنَسَجَهُ لَمْ يَمْلِكِ الْمَالِكُ التَّزَامَهُ بِهِ وَيُطَالِبُهُ بِالْقِيَمَةِ فَكَيْفَ يَمْلِكُ مُطَالَبَةَ الْأَجِيرِ بِذَلِكَ، وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الْمَالِكَ يَمْلِكُ اسْتِزْجَاعَ الْأَجْرَةِ الْمُسَمَّاةِ وَدَفْعَ أَجْرَةِ الْمِثْلِ ثُمَّ ذَكَرَ احْتِمَالًا بِالرُّجُوعِ بِالْأَرْضِ كَمَا هُوَ الْمَنْصُوصُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَمَتَى كَانَ الْعَمَلُ فِي مَالِ الْغَيْرِ إِنْقَادًا لَهُ مِنَ التَّلَفِ الْمُشْرِفِ عَلَيْهِ كَانَ جَائِزًا كَذَبْحِ الْحَيَوَانِ الْمَأْكُولِ إِذَا خِيفَ مَوْتُهُ صَرَخَ بِهِ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ وَيُقِيدُ هَذَا أَنَّهُ لَا يُضْمِنُ مَا تَقْضَى بِذَبْحِهِ.

* * *

القاعدة الخامسة والسبعون:

فِيمَنْ يَرْجِعُ بِمَا اتَّفَقَ عَلَى مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَهُوَ نَوْعَانِ:
أَحَدُهُمَا: مَنْ أَدَّى وَاجِبًا عَنْ غَيْرِهِ.

وَالثَّانِي: مَنْ أَتَّفَقَ عَلَى مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ مِنْ مَالٍ غَيْرِهِ. فَأَمَّا النَّوعُ الْأَوَّلُ فَيَنْدَرِجُ تَحْتَهُ صُورٌ:

مِنْهَا: إِذَا قَضَى عَنْهُ دَيْنًا وَاجِبًا بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ وَهِيَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ الْخَرَقِيِّ وَأَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ، وَاشْتَرَطَ الْقَاضِي أَنْ يَنْوِيَ الرَّجُوعَ وَيُشْهَدَ عَلَى نِيَّتِهِ عِنْدَ الْأَدَاءِ فَلَوْ نَوَى التَّبَرُّعَ أَوْ أَطْلَقَ النِّيَّةَ فَلَا رُجُوعَ لَهُ وَاشْتَرَطَ أَيْضًا أَنْ يَكُونَ الْمَدِينُ مُمْتَنِعًا مِنَ الْأَدَاءِ، وَهُوَ يَرْجِعُ إِلَى أَنْ لَا رُجُوعَ إِلَّا عِنْدَ تَعَدُّرِ إِذْنِهِ وَخَالَفَ فِي ذَلِكَ صَاحِبَا الْمُعْنَى وَالْمُحَرَّرَ وَهُوَ ظَاهِرُ الْخِلَافِ لِلْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ وَالْأَكْثَرِينَ وَهَذَا فِي دِيُونِ الْأَدَمِيِّينَ. فَأَمَّا دِيُونُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ كَالزَّكَاةِ وَالْكَفَّارَةِ فَلَا يَرْجِعُ بِهَا مَنْ آدَاها عَنْهُ هِيَ عَلَيْهِ، وَعَلَّلَ الْقَاضِي ذَلِكَ بِأَنَّ آدَاءَهَا بِدُونِ إِذْنٍ مِنْ هِيَ عَلَيْهِ لَا يَصِحُّ لِتَوْفُّقِهَا عَلَى نِيَّتِهِ وَيَلْزَمُ عَلَى هَذَا لَوْ حَجَّ رَجُلٌ عَنْ مَيْتٍ بِدُونِ إِذْنٍ وَلَيْلَهُ وَقُلْنَا: يَصِحُّ أَوْ أَعْتَقَ عَنْهُ فِي نَذْرِ أَوْ أَطْعَمَ عَنْهُ فِي كَفَّارَةٍ وَقُلْنَا: يَصِحُّ أَنَّ لَهُ الرَّجُوعَ بِمَا أَتَّفَقَ لِسُقُوطِ اعْتِبَارِ الْإِذْنِ هُنَا وَيَكُونُ كَأَدَاءِ أَحَدِ الْخَلِيطَيْنِ الزَّكَاةَ مِنْ مَالِهِ عَنِ الْجَمِيعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى أَسِيرًا مُسْلِمًا حُرًّا مِنْ أَهْلِ دَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ أَطْلَقَهُ أَوْ أَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَلَهُ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ بِمَا اشْتَرَاهُ بِهِ سِوَاءَ أَذْنٍ لَهُ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ لِأَنَّ الْأَسِيرَ يَجِبُ عَلَيْهِ إِفْتِدَاءُ نَفْسِهِ لِيَتَخَلَّصَ مِنَ الْأَسْرِ فَإِذَا فَدَاهُ غَيْرُهُ فَقَدْ آدَى عَنْهُ وَاجِبًا رَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ وَأَكْثَرُ الْأَصْحَابِ لَمْ يَحْكُوا فِي الرَّجُوعِ هَهُنَا خِلَافًا وَحَكَى الْقَاضِي فِي كِتَابِ الرُّوَايَتَيْنِ فِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى يَتَوَقَّفُ الرَّجُوعُ عَلَى الْإِذْنِ. وَهَلْ يُعْتَبَرُ لِلرَّجُوعِ هَهُنَا نِيَّةٌ أَمْ يَكْفِي إِطْلَاقُ النِّيَّةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: تُعْتَبَرُ نِيَّةُ الرَّجُوعِ لِقَضَاءِ الدِّيُونِ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي. وَالثَّانِي: يَرْجِعُ مَا لَمْ يَنْوَ التَّبَرُّعَ وَبِهِ جَزَمَ فِي الْمُحَرَّرِ لِلْأَثَرِ الْمَرْوِيِّ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَلِأَنَّ انْفِكَالَ الْأَسْرَى مَطْلُوبٌ شَرْعًا فَيَرْغَبُ فِيهِ بِتَوْسِيعَةِ طَرَفِ الرَّجُوعِ لِثَلَاثِ الرِّغْبَةِ فِيهِ.

وَمِنْهَا: نَفَقَةُ الرِّقِيقِ وَالزَّوْجَاتِ وَالْأَقَارِبِ وَالْبَهَائِمِ إِذَا امْتَنَعَ مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ فَاتَّفَقَ عَلَيْهِمَا غَيْرُهُ بِنِيَّةِ الرَّجُوعِ فَلَهُ الرَّجُوعُ كَقَضَاءِ الدِّيُونِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي مُفْرَدَاتِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَتَّفَقَ عَلَى عَبْدِهِ الْأَبْقَى فِي حَالِ رَدِّهِ إِلَيْهِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِمَا أَتَّفَقَ نَصٌّ عَلَيْهِ وَجَزَمَ بِهِ الْأَكْثَرُونَ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ جُعْلًا عَلَى الرَّدِّ عَوْضًا عَنْ بَدْلِهِ مَنْفَعَةً فَلَاَنْ يَجِبُ لَهُ

الْعَوَضُ عَمَّا بَذَلَهُ مِنَ الْمَالِ فِي رَدِّهِ أَوَّلَى، وَاشْتَرَطَ أَبُو الْخَطَّابِ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ الْعَجَزُ عَنْ اسْتِئْذَانِ الْمَالِكِ وَضَعْفَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي وَلَا يَتَوَقَّفُ الرَّجُوعُ عَلَى تَسْلِيمِهِ فَلَوْ أَبَى مِنْهُ قَبْلَ ذَلِكَ فَلَهُ الرَّجُوعُ بِمَا أَتَّفَقَ عَلَيْهِ نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ وَصَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ وَكَذَلِكَ حُكْمُ الْمُتَقَطِّعِ بِمَهْلِكِهِ وَحَكَى أَبُو بَكْرٍ وَابْنُ أَبِي مُوسَى فِي الرَّجُوعِ بِنَفَقَتِهِ رِوَايَتَيْنِ، وَلَوْ أَرَادَ اسْتِخْدَامَهُ بِدَلِّ النَّفَقَةِ فِيهِ جَوَازُهُ رِوَايَتَانِ حَكَاهُمَا أَبُو الْفَتْحِ الْحُلَوَانِيُّ فِي الْكِفَايَةِ كَالْعَبْدِ الْمَرْهُونِ.

وَمِنْهَا: نَفَقَةُ اللَّقِطَةِ حَيَوَانًا كَانَتْ أَوْ غَيْرَهُ مِمَّا يَحْتَاجُ فِي حِفْظِهِ إِلَى مُؤْنَةٍ وَلِإِصْلَاحِ فَإِنْ كَانَتْ بِإِذْنِ حَاكِمٍ رَجَعَ بِهَا لِأَنَّ إِذْنَهُ قَائِمٌ مَقَامَ إِذْنِ الْعَائِبِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِإِذْنِهِ فَفِيهِ الرِّوَايَتَانِ. وَمِنْهُمْ مَنْ يَرْجِعُ هَاهُنَا عَدَمَ الرَّجُوعِ لِأَنَّ حِفْظَهَا لَمْ يَكُنْ مُتَعَيَّنًا بَلْ كَانَ مُخِيرًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ بَيْعِهَا وَحِفْظِ ثَمَنِهَا وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى أَنَّ الْمُتَقَطِّعَ إِذَا أَتَّفَقَ غَيْرُ مَطْوَعٍ بِالنَّفَقَةِ فَلَهُ الرَّجُوعُ بِهَا وَإِنْ كَانَ مُحْتَسِبًا فِي الرَّجُوعِ رِوَايَتَانِ.

وَمِنْهَا: نَفَقَةُ اللَّقِطِ خَرَجَهَا بَعْضُ الْأَصْحَابِ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: يَرْجِعُ هَاهُنَا قَوْلًا وَاحِدًا وَإِلَيْهِ مِيلُ صَاحِبِ الْمُغْنِي لِأَنَّ لَهُ وَلَايَةً عَلَى الْمُتَقَطِّعِ وَنَصَّ أَحْمَدُ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِمَا أَتَّفَقَ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ.

وَمِنْهَا: الْحَيَوَانُ الْمُوَدَّعُ إِذَا أَتَّفَقَ عَلَيْهِ الْمُسْتَوْدَعُ نَاقِيًا لِلرَّجُوعِ فَإِنْ تَعَدَّرَ اسْتِئْذَانُ مَالِكِهِ رَجَعَ وَإِنْ لَمْ يَتَعَدَّرْ فَطَرِيقَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنَّهُ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ وَأَوَّلَى لِأَنَّ لِلْحَيَوَانِ حُرْمَةً فِي نَفْسِهِ فَوَجِبَ تَقْدِيمُهُ عَلَى الدَّيْنِ أحيانًا وَهِيَ طَرِيقَةُ صَاحِبِ الْمُغْنِي.

وَالثَّانِيَةُ: لَا يَرْجِعُ قَوْلًا وَاحِدًا وَهِيَ طَرِيقَةُ الْمُحَرَّرِ وَمَتَابَعَةُ لِأَبِي الْخَطَّابِ لَكِنْ مَنْ اعْتَبَرَ الرَّجُوعَ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ بَعْدَ الْإِذْنِ فَهَهُنَا أَوَّلَى وَأَمَّا مَنْ لَمْ يَعْتَبِرْ ذَلِكَ فِي الدَّيْنِ وَاعْتَبَرَهُ هَهُنَا فَالْفَرْقُ أَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ فِيهِ بَرَاءٌ لِدِمَّتِهِ وَتَخْلِيصٌ لَهُ مِنَ الْغَرِيمِ وَهَاهُنَا اشْتِغَالٌ لِدِمَّتِهِ بِدَيْنٍ لَمْ تَكُنْ مُشْتَغَلَةً بِهِ وَهُوَ ضَعِيفٌ وَيَتَقَضَّى بِنَفَقَةِ الْأَقَارِبِ كَمَا تَقَدَّمَ فَإِنَّ الْمُطَالَبَةَ هُنَا مُتَوَجِّهَةٌ مِنَ الْحَاكِمِ بِالزَّامَةِ فَقَدْ خَلَّصَهُ مِنْ ذَلِكَ وَعَجَلَ بِرَأْيِهِ مِنْهُ وَقَضَاءُ الدَّيْنِ لَمْ تَبْرَأْ بِهِ دِمَّتُهُ بِالْكُلِّيَّةِ بَلْ هِيَ مُشْغُولَةٌ بِدَيْنِ الْمُؤَدِّي عَنْهُ أَيْضًا فَإِنَّ الْإِذْنَ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَى الْحَيَوَانِ الْمُؤْتَمَنِ عَلَيْهِ عُرْفِيٌّ فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ اللَّفْظِيِّ.

وَمِنْهَا: نَفَقَةُ طَائِرٍ غَيْرِهِ إِذَا عَشَّشَ فِي دَارِهِ قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ فِي طَبَرَةِ أَفْرَحَتْ

عِنْدَ قَوْمٍ مِنَ الْجِيرَانِ فَالْفِرَاحُ تَتَّبِعُ الْأُمَّ يَرُدُّونَ عَلَى أَصْحَابِهَا فَإِنْ كَانَ قَدْ عَلَفَ الْفِرَاحَ مَدَّةً مَقَامَهَا فِي يَدِهِ مُتَطَوِّعًا لَمْ يَرْجِعْ وَإِنْ لَمْ يَتَطَوَّعْ يَحْتَسِبُ بِالنَّفَقَةِ أَخَذَ مِنْ صَاحِبِهَا مَا أَنْفَقَ وَلَمْ يَفَرِّقْ بَيْنَ إِمْكَانِ الاسْتِئْذَانِ وَعَدَمِهِ، وَخَرَجَ الْقَاضِي رِوَايَةً أُخْرَى بِعَدَمِ الرَّجُوعِ بِكُلِّ حَالٍ مِنْ نَظِيرَتِهَا فِي الْمُرْتَهَنِ وَغَيْرِهِ.

وَأَمَّا النَّوعُ الثَّانِي: وَهُوَ مَا يَرْجِعُ فِيهِ بِالْإِنْفَاقِ عَلَى مَالٍ غَيْرِهِ لَتَعْلُقِ حَقَّهُ بِهِ فَلَهُ صَوْرٌ:

مِنْهَا: إِنْفَاقُ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ عَلَى الْمَالِ الْمُشْتَرَكِ مَعَ غِيَبَةِ الْآخَرِ أَوْ امْتِنَاعِهِ قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي الْقَاسِمِ فِي رَجُلَيْنِ بَيْنَهُمَا أَرْضٌ أَوْ دَارٌ أَوْ عَبْدٌ يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يُنْفِقَ ذَلِكَ عَلَى ذَلِكَ فَيَأْبَى الْآخَرُ. قَالَ: يُنْظَرُ فِي ذَلِكَ فَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِشْرِيكِهِ وَيَمْتَنِعُ مِمَّا يَجِبُ عَلَيْهِ الزَّمُ ذَلِكَ وَحُكْمُ بِهِ عَلَيْهِ وَلَا يَضُرُّ بِهَِذَا يُنْفِقُ وَيَحْكُمُ بِهِ عَلَيْهِ. وَيَتَفَرَّغُ عَلَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فُرُوعٌ مِنْ جُمْلَتِهَا إِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا حَائِطٌ مُشْتَرَكٌ أَوْ سَقْفٌ فَانْهَدَمَ وَطَلَبَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَبْنِيَ الْآخَرُ مَعَهُ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ، وَفِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى لَا يُجْبَرُ فِيهِ فَيَنْفَرِدُ الطَّالِبُ بِالْبِنَاءِ وَيَمْنَعُ الشَّرِيكَ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ حَتَّى يَأْخُذَ مِنْهُ مَا يَخْصُ حِصَّتَهُ مِنَ النَّفَقَةِ نَصًّا عَلَيْهِ، لِأَنَّ مَنْ جَازَ لَهُ الْبِنَاءُ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ لَمْ يَكُنْ مُتَبَرِّعًا كَالْوَصِيِّ وَالْحَاكِمِ فِي مِلْكِ الْيَتِيمِ.

وَمِنْ صُورِ النَّوعِ: إِذَا جَنَى الْعَبْدُ الْمَرْهُونُ فَقْدَاهُ الْمُرْتَهَنُ بِغَيْرِ إِذْنِ الرَّاهِنِ، قَالَ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ كَالْقَاضِي وَأَبْنِ عَقِيلٍ وَأَبِي الْخَطَّابِ وَغَيْرِهِمْ إِنْ لَمْ يَتَعَدَّرْ اسْتِئْذَانُهُ فَلَا رُجُوعَ وَإِنْ تَعَدَّرَ خَرَجَ عَلَى الْخِلَافِ فِي نَفَقَةِ الْحَيَوَانَ الْمَرْهُونِ لِأَنَّ الْفِدَاءَ هُنَا لِمَصْلَحَةِ الرَّهْنِ وَاسْتِيقَائِهِ وَهُوَ وَاجِبٌ عَلَى الرَّاهِنِ لِحَقِّ الْمُرْتَهَنِ. وَقَالَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ: لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ وَأُطْلِقَ لِأَنَّ الْمَالِكَ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْإِفْتِدَاءُ هُنَا، وَكَذَلِكَ لَوْ سَلَّمَهُ لَمْ يَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ لِتَكُونَ رَهْنًا وَقَدْ وَافَقَ الْأَصْحَابُ عَلَى ذَلِكَ وَإِنَّمَا خَالَفَ فِيهِ ابْنُ أَبِي مُوسَى. وَمِنْهَا مُؤَنَةُ الرَّهْنِ مِنْ كَرِيٍّ مَخْزَنِهِ وَإِصْلَاحِهِ وَتَشْمِيسِهِ وَنَحْوِ ذَلِكَ لَا يَلْزَمُ الرَّاهِنَ إِذَا قَامَ بِهَا الْمُرْتَهَنُ بِدُونِ إِذْنِهِ مَعَ تَعَدُّرِهِ فِيهِ جَارِيَةٌ مَجْرَى نَفَقَةِ الْحَيَوَانَ الْمَرْهُونِ عَلَى مَا سَيَأْتِي صَرَحَ بِهِ الْأَصْحَابُ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا لَا بُدَّ مِنْهُ لِحِفْظِ مَالِيَةِ الرَّهْنِ فَصَارَ وَاجِبًا عَلَى الرَّهْنِ لِعِلَاقَةِ حَقِّ الْمُرْتَهَنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ خَرِبَتِ الدَّارُ الْمَرْهُونَةُ فَعَمَّرَهَا الْمُرْتَهَنُ بِغَيْرِ إِذْنٍ فَقَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَصَاحِبُ الْمُغْنِيِّ وَالْمُحَرَّرِ: لَا يَرْجِعُ إِلَّا بِأَعْيَانِ آلَتِهِ لِأَنَّ بِنَاءَ الدَّارِ لَا يَجِبُ عَلَى الْمَالِكِ، وَالْمَجْزُومُ بِهِ فِي الْخِلَافِ الْكَبِيرِ لِلْقَاضِي أَنَّهُ يَرْجِعُ لِأَنَّهُ مِنْ مَصْلَحَةِ الرَّهْنِ. وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: يَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنَّهُ يَرْجِعُ بِمَا يَنْحَفِظُ بِهِ أَصْلُ مَالِيَةِ الدَّارِ لِحِفْظِ وَثِيقَتِهِ لِأَنَّهَا نَفَقَةٌ لِحِفْظِ

مَالِيَّةً وَبِقِيَّةٍ وَذَلِكَ غَرَضٌ صَحِيحٌ انْتَهَى. وَلَوْ قِيلَ: إِنْ كَانَتْ الدَّارُ بَعْدَ مَا خَرَبَ مِنْهَا تُحْرَزُ قِيَمَةُ الدِّينِ الْمَرْهُونِ [بِهِ] لَمْ يَرْجِعْ لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ لَهُ إِلَى عِمَارَتِهَا حَيْثُ وَهِيَ كَانَتْ دُونَ حَقِّهِ أَوْ وَفَّقَ حَقُّهُ وَيُخْشَى مِنْ تَدَاعِيهَا لِلْخَرَابِ شَيْئًا فَشَيْئًا حَتَّى تَنْقُصَ عَنْ مِقْدَارِ الْحَقِّ فَلَهُ أَنْ يَغْمُرَ وَيَرْجِعَ لِمَكَانٍ مَسْجُوحٍ.

وَمِنْهَا: عِمَارَةُ الْمُسْتَأْجِرِ فِي الدَّارِ الْمُسْتَأْجَرَةِ وَلَا يَرْجِعُ بِهَا نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي غُلُقِ الدَّارِ إِذَا عَمِلَهُ السَّاكِنُ وَيَحْتَمِلُ الرُّجُوعَ بِنَاءً عَلَى مِثْلِهِ فِي الرَّهْنِ، وَلَكِنْ حَكَى صَاحِبُ التَّلْخِصِ أَنَّ الْمُؤَجَّرَ يُجْبَرُ عَلَى التَّرْمِيمِ بِإِصْلَاحٍ مُنْكَسِرٍ وَإِقَامَةِ مَائِلٍ فَأَمَّا تَجْدِيدُ الْبِنَاءِ وَالْأَخْشَابِ فَلَا يُلْزَمُهُ لِأَنَّهُ إِجْبَارٌ عَلَى تَسْلِيمِ عَيْنٍ لَمْ يَتَنَاوَلْهَا الْعَقْدُ وَلِلْمُسْتَأْجِرِ الْخِيَارُ، قَالَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُلْزَمَهُ التَّجْدِيدُ انْتَهَى. فَعَلَى [الْقَوْلِ] الْأَوَّلِ لَا يُمَكِّنُ الْقَوْلُ بِرُجُوعِ الْمُسْتَأْجِرِ بِمَا اتَّفَقَ عَلَى التَّجْدِيدِ وَعَلَى الثَّانِي يَتَوَجَّهُ الرُّجُوعُ.

* * *

فصل:

وَقَدْ يَجْتَمِعُ التَّوَعُّانِ فِي صُورٍ فَيُؤَدِّي عَنْ مِلْكٍ غَيْرِهِ وَاجِبًا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّهُ وَفِي ذَلِكَ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ عَلَى رَوَايَتَيْنِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْأَكْثَرِينَ وَالثَّانِي يَرْجِعُ هَاهُنَا رَوَايَةً وَاحِدَةً وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فَمِنْ ذَلِكَ: أَنَّ يَتَّفَقَ الْمُرْتَهَنُ عَلَى الرَّهْنِ بِإِطْعَامٍ أَوْ كِسْوَةٍ إِذَا كَانَ عَبْدًا أَوْ حَيَوَانًا فَفِيهِ الطَّرِيقَانِ أَشْهُرُهُمَا أَنَّهُ عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ كَذَلِكَ، وَقَالَ الْقَاضِي فِي الْمَجَرَّدِ: وَالرُّوَايَتَيْنِ وَأَبُو الْخَطَّابِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَالْأَكْثَرُونَ وَالْمَذْهَبُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ الرُّجُوعُ وَنَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ، وَكَذَلِكَ نَقَلَ عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَبِي هَانِئٍ أَنَّهُ يَرْكَبُ وَيَحْلِبُ بِقَدَرِ نَفَقَتِهِ، وَلَمْ يَتَّبِعْ إِذْنًا كَمَا دَلَّ عَلَيْهِ النَّصُّ الصَّحِيحُ وَأَيْضًا فَإِلَّا إِذْنًا فِي الْإِنْفَاقِ هَاهُنَا عُرْفِيٌّ فَيَقُومُ مَقَامُ اللَّفْظِيِّ وَبِالْمُرْتَهَنِ إِلَيْهِ حَاجَةٌ لِحِفْظِ وَبِقِيَّةٍ فَصَارَ كِبْنَاءِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ الْحَائِطُ الْمَشْتَرَكِ، وَنَقَلَ [عَنْهُ] ابْنُ مَنْصُورٍ فِيمَنْ ارْتَهَنَ دَابَّةً فَعَلَفَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهَا فَالْعَلْفُ عَلَى الْمُرْتَهَنِ، مَنْ أَمَرَهُ أَنْ يَعْلِفَ؟ وَكَذَلِكَ نَقَلَ عَنْهُ مُهَنَّأٌ فِي كَفَنِ الْعَبْدِ الْمَرْهُونِ لَكِنَّ الْكَفْنَ مِنَ التَّوَعُّ الْأَوَّلِ، وَهَذِهِ الرُّوَايَةُ ظَاهِرٌ مَا أوردَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَحَمَلَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الْخِلَافِ هَذَا النَّصَّ عَلَى أَنَّ الرَّهْنَ كَانَ حَاضِرًا وَأَمَكْنَ اسْتِئْذَانَهُ وَعَلَفَ بِدُونِ إِذْنٍ وَقَدْ صَرَّحَ الْقَاضِي بِأَنَّ الرُّجُوعَ مَشْرُوطٌ بِتَعَدُّرِ الْاسْتِئْذَانِ وَاعْتَبَرَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ

فِي لُزُومِ نَفَقَةِ الْأَقَارِبِ أَنْ يُسْتَدَانَ عَلَيْهِ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ مَعَ قَوْلِهِ إِنَّهَا لَا تَلْزَمُ بِفَرْضِ الْحَاكِمِ وَفِيهِ نَظَرٌ. وَفِي التَّرْغِيبِ لَيْسَ لِغَيْرِ الْأَبِ الْإِسْتِقْرَاضُ إِلَّا بِإِذْنِ الْحَاكِمِ حَتَّى وَلَا لِلزَّوْجَةِ فِي حَقِّهَا وَحَقِّ وَلَدِهَا الصَّغِيرِ، وَإِنَّمَا لِلزَّوْجَةِ الْأَخْذُ مِنْ مَالِ زَوْجِهَا الْمُسِيرِ عِنْدَ الْإِمْتِنَاعِ إِذَا قَدَرَتْ عَلَى قَدْرِ كِفَايَتِهَا وَحَكَى فِي أَخْذِهَا لَوْلَدِهَا وَجْهَيْنِ قَالَ: وَلَيْسَ لَهَا الْإِنْفَاقُ عَلَى الطِّفْلِ مِنْ مَالِهِ لَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ يَدُونَ إِذْنٌ وَلَيْلَهُ لَا نِفَاءً وَلَا يَتَهَا عَلَيْهِ، وَهَذَا كُلُّهُ مُخَالَفٌ لِظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ الْمُتَقَدِّمِ وَلِقَوَاعِدِ الْمَذْهَبِ فَإِنَّ الْمَذْهَبَ أَنَّهَا تَأْخُذُ لِنَفْسِهَا وَلِكَوْلَدِهَا وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّهَا تَقْضِي الزَّكَاةَ لَوْلَدِهَا الطِّفْلِ، وَقَدْ سَبَقَ قَوْلُ الْقَاضِي وَغَيْرِهِ أَنَّ مَنْ أَنْفَقَ عَلَى أَقَارِبِ غَيْرِهِ الَّذِينَ يَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُمْ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَيْهِ كَمَا يَرْجِعُ بِقَضَاءِ الدِّينِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى أَنَّ الزَّوْجَةَ إِذَا اسْتَدَانَتْ عَلَى زَوْجِهَا نَفَقَةَ الْمِثْلِ مَعَ غَيْبَتِهِ فَإِنَّهَا تَرْجِعُ عَلَيْهِ، وَلَمْ يَعْتَبَرْ إِذْنُ حَاكِمٍ مَعَ أَنَّهُ لَمْ يَحْكُ خِلَافًا فِي سُقُوطِ نَفَقَةِ [الزَّوْجَةِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهَا لَا تَسْقُطُ بِمَضِيِّ الزَّمَانِ فِي أَشْهُرِ الرُّوَايَتَيْنِ] بِمَضِيِّ الزَّمَانِ يَدُونَ فَرَضِ الْحَاكِمِ لَهَا، وَكَذَلِكَ أَبُو الْخَطَّابِ وَابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ مَعَ أَنَّهُ وَافَقَ طَرِيقَةَ الْخِلَافِ فِي الرَّجُوعِ قَوْلًا وَاحِدًا بِخِلَافِ مَا ذَكَرَهُ فِي الضَّمَانِ وَضَعَفَ صَاحِبُ الْمُعْنِيِّ اعْتِبَارَ الْإِذْنِ طَرْدًا لِمَا ذَكَرَهُ فِي الضَّمَانِ.

وَمِنْهَا: إِذَا هَرَبَ الْجَمَّالُ وَتَرَكَ الْجَمَالَ فَأَتَّفَقَ عَلَيْهَا الْمُسْتَأْجِرُ يَدُونَ إِذْنُ حَاكِمٍ فَنَفِي الرَّجُوعِ الرُّوَايَتَانِ وَمُقْتَضَى طَرِيقَةِ الْقَاضِي أَنَّهُ يَرْجِعُ رَوَايَةً وَاحِدَةً. ثُمَّ إِنَّ الْأَكْثَرِينَ اعْتَبَرُوا هُنَا اسْتِثْنَاءَ الْحَاكِمِ بِخِلَافِ مَا ذَكَرَهُ فِي الرَّهْنِ وَاعْتَبَرُوهُ أَيْضًا فِي الْمُدَّعِ وَاللَّقْطَةِ وَفِي الْمُعْنِيِّ إِشَارَةً إِلَى التَّشْوِيعِ مِنَ الْكُلِّ فِي عَدَمِ الْاعْتِبَارِ وَأَنَّ الْإِنْفَاقَ يَدُونَ إِذْنِهِ يُخْرِجُ عَلَى الْخِلَافِ فِي قَضَاءِ الدِّينِ، وَكَذَلِكَ اعْتَبَرُوا الْإِشْهَادَ عَلَى نِيَّةِ الرَّجُوعِ وَفِي الْمُعْنِيِّ وَغَيْرِهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

وَمِنْهَا: إِذَا هَرَبَ الْمُسَاقِي قَبْلَ تِمَامِ الْعَمَلِ اسْتَوْجِرَ عَلَيْهِ مِنْ يَتَمُّهُ وَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْجَمَّالِ إِلَّا أَنَّ لِلْمَالِكِ الْفَسْخَ وَلَوْ قُلْنَا: يَلْزُومُ الْمَسَاقَاةُ لَتَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا غَابَ الزَّوْجُ فَاسْتَدَانَتْ الزَّوْجَةُ التَّقَّةَ عَلَى نَفْسِهَا وَأَوْلَادِهَا الصِّغَارِ نَفَقَةَ الْمِثْلِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ فَإِنَّهَا تَرْجِعُ بِذَلِكَ نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةِ أَبِي زُرْعَةَ الدِّمَشْقِيِّ وَلَمْ يُعْتَبَرْ إِذْنُ الْحَاكِمِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَعَارَهُ شَيْئًا لِيَرْهَنَهُ ثُمَّ افْتَكَّهُ الْمُعِيرُ بِقَضَاءِ الدِّينِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ هُنَا قَوْلًا وَاحِدًا عَلَى

ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي.

وَمِنْهَا: لَوْ قَضَى أَحَدُ الْوَرَثَةِ الدَّيْنَ عَنِ الْمَيْتِ لِيُزُولَ تَعَلُّقُهُ بِالتَّرَكَةِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ أَيْضًا وَلَمْ يَذْكُرِ الْقَاضِي فِيهِ خِلَافًا وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ وَالَّتِي قَبْلَهَا قَدْ لَا يَطْرُدُ فِيهِمَا الْخِلَافُ لِأَنَّ الْإِنْفَاقَ هَهُنَا لَا سِتْصِلَاحَ مِلْكِ الْمُتْنِفِقِ فَهُوَ كَالْإِنْفَاقِ الشَّرِيكِ عَلَى عِمَارَةِ الْحَائِطِ يَرْجِعُ بِهِ بِغَيْرِ خِلَافٍ وَلَكِنَّمَا الْخِلَافُ إِذَا كَانَ الْإِنْفَاقُ لَا سِتْصِلَاحَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُتْنِفِقِ إِلَّا أَنَّ الْأَصْحَابَ صَرَّحُوا بِاطْرَادِ الْخِلَافِ فِي صُورَةِ الْمُسَاقَاةِ مَعَ تَعَلُّقِ الْاسْتِصْلَاحِ فِيهَا بِعَيْنِ مَالِ الْمُتْنِفِقِ.

* * *

القاعدة السادسة والسبعون:

الشَّرِيكَانِ فِي عَيْنِ مَالٍ أَوْ مَنَفْعَةٍ إِذَا كَانَا مُحْتَاجِينَ إِلَى رَفْعِ مَضْرَةٍ أَوْ إِيقَاءِ مَنَفْعَةٍ أُجْبِرَ أَحَدُهُمَا عَلَى مُوَافَقَةِ الْآخَرِ فِي الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ وَفِي رَوَايَةٍ أُخْرَى إِنْ أَمَكْنَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَسْتَقِيلَ بِدَفْعِ الضَّرَرِ فَعَلَهُ وَلَمْ يُجْبَرْ الْآخَرُ مَعَهُ لَكِنْ إِنْ أَرَادَ الْآخَرُ الْإِنْتِفَاعَ بِمَا فَعَلَهُ شَرِيكُهُ فَلَهُ مَنَعُهُ حَتَّى يُعْطِيَهُ حِصَّةَ مِلْكِهِ مِنَ التَّفَقَّةِ فَإِنْ احْتِجَا إِلَى تَجْدِيدِ مَنَفْعَةٍ فَلَا إِجْبَارَ. وَيَتَدْرَجُ تَحْتَ ذَلِكَ صُورٌ:

مِنْهَا: إِذَا انْهَدَمَ الْحَائِطُ الْمُشْتَرَكُ^(١) فَالْمَذْهَبُ إِجْبَارُ الْمُتَمَتِّعِ مِنْهُمَا بِالْبِنَاءِ مَعَ الْآخَرِ نَصًّا عَلَيْهِ فِي رَوَايَةٍ جَمَاعَةً فَإِنَّ الْإِجْبَارَ هُنَا مِنْ جَنْسِ الْمُعَاوَضَةِ فِي الْأَمْوَالِ الْمُشْتَرَكَةِ وَاجِبَةٌ لِدَفْعِ الضَّرَرِ بِالْإِنْتِزَاعِ بِالشُّعْعَةِ وَبَيْعِ مَا لَا يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ وَالْمُغْنِي فِيهِ أَنَّ الْمَالِكَ مُسْتَحَقُّ الْإِنْتِفَاعِ بِمِلْكِهِ وَيَجِبُ عَلَى شَرِيكِهِ تَمَكِينُهُ مِنْهُ فَإِذَا دَارَ الْأَمْرُ بَيْنَ تَعْطِيلِ الْحَقِّ بِالْكُلِّيَّةِ وَبَيْنَ الْمُعَاوَضَةِ عَلَيْهِ فَالْمُعَاوَضَةُ عَلَيْهِ أَوْلَى لِأَنَّهُ يَرْجِعُ فِيهَا إِلَى الْإِنْتِفَاعِ بِالْبَدَلِ بِخِلَافِ التَّعْطِيلِ.

وَأَمَّا الرُّوَايَةُ الثَّابِتَةُ بِعَدَمِ الْإِجْبَارِ فَهِيَ مَأْخُودَةٌ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ عَلَى عَدَمِ الْإِجْبَارِ فِي بِنَاءِ حَيْطَانِ السَّقْلِ إِذَا كَانَ الْعُلُوُّ لآخرٍ وَانْهَدَمَ الْكُلُّ أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ صَاحِبُ الْعُلُوِّ عَلَى الْبِنَاءِ مَعَ صَاحِبِ السَّقْلِ فِي السَّقْلِ وَالْفَرْقُ وَاضِحٌ لِأَنَّ السَّقْلَ مِلْكُهُ مُخْتَصٌّ بِصَاحِبِهِ بِخِلَافِ الْحَائِطِ الْمُشْتَرَكِ وَلِذَلِكَ عَقَدَ الْخَلَالَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَابًا وَذَكَرَ النَّصَّ بِالْإِجْبَارِ فِي الْحَائِطِ وَالنَّصَّ بِإِنْتِفَائِهِ بِالصُّورَةِ الْأُخْرَى وَعَلَى تَقْدِيرِ ثُبُوتِ هَذِهِ الرُّوَايَةِ فِي الْحَائِطِ فَلِلشَّرِيكِ الْاسْتِئْذَانُ بِبِنَائِهِ مِنْ مَالِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ حَاكِمٍ وَصَرَّحَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَأَعْتَبَرَ فِي الْمُجَرَّدِ اسْتِئْذَانَ الْحَاكِمِ

(١) للإمام مالك في هذه المسألة قولان الأول: أنه يجبر الممتنع على البنيان مع شريكه، والثاني: أنه لا يجبر على ذلك ويقسمان الحائط ثم يبنى من شاء منهما لنفسه. الكافي (١/٤٩٣).

وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّهُ يُشْهَدُ عَلَى ذَلِكَ، وَلَهُ مَنَعُ الشَّرِيكِ الْآخَرُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِمَا كَانَ لَهُ عَلَيْهِ مِنَ الْحَقُوقِ إِنْ أَعَادَهُ بِأَلَاةٍ جَدِيدَةٍ مِنْ مَالِهِ وَإِنْ أَعَادَهُ بِأَلَاةٍ الْأُولَى فِيهِ وَجَهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَيْسَ لَهُ الْمَنَعُ لِأَنَّهُ عَيْنُ مِلْكِهِمَا الْمُشْتَرَكِ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ وَابْنُ عَقِيلٍ وَالْأَكْثَرِينَ.

وَالثَّانِي: لَهُ الْمَنَعُ حَتَّى يَأْخُذَ نِصْفَ قِيَمَةِ التَّالِفِ لِأَنَّهُ مُتَقَوِّمٌ حَيْثُ وَقَعَ مَادُونًا فِيهِ شَرْعًا. وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَجَزَمَ بِهِ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ وَافْتِاحُ صَاحِبِ التَّلْخِيصِ عَنْ بَعْضِ مُتَأَخِّرِي الْأَصْحَابِ وَإِذَا أَعَادَهُ بِأَلَاةٍ جَدِيدَةٍ وَاتَّفَقَا عَلَى دَفْعِ الْقِيَمَةِ جَازٍ، لَكِنْ هَلِ الْمَدْفُوعُ نِصْفُ قِيَمَةِ الْبِنَاءِ أَوْ نِصْفُ مَا أَتَّفَقَ عَلَيْهِ؟ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِيهِ رَوَايَتَيْنِ مَأْخُذَهُمَا هَلْ ذَلِكَ مِنْ بَابِ الرُّجُوعِ بِمَا أَتَّفَقَ عَلَى مِلْكِهِ بِإِذْنٍ مُعْتَبَرٍ أَوْ هُوَ مُعَاوَضَةٌ عَنْ مِلْكِ الثَّانِي كَضَمَانٍ سِرَآيَةِ الْعِنَقِ وَالْإِسْتِيلَادِ، وَإِنْ اِمْتَنَعَ الثَّانِي مِنَ الْقَوْلِ وَطَلَبَ رَفْعَ الْبِنَاءِ مِنْ أَصْلِهِ لِيُعِيدَهُ مِنْ مَالِهِمَا فَقَدْ يَتَخَرَّجُ عَلَى هَذَا الْبِنَاءِ فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ رُجُوعٌ بِمَا أَتَّفَقَ عَلَى مِلْكِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْاِمْتِنَاعُ وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ مُعَاوَضَةٌ فَلَهُ ذَلِكَ وَفِي الْمَجْرَدِ وَالْفُصُولِ الْبِنَاءُ عَلَى الْإِجْبَارِ ابْتِدَاءً وَعَدَمُهُ فَإِنْ قُلْنَا: يُجْبَرُ أُجْبِرُ هُنَا عَلَى التَّبْقِيَةِ وَلَا فَلَ وَقَدْ يُقَالُ: هُوَ مُعَاوَضَةٌ سَوَاءٌ كَانَ بِالْقِيَمَةِ أَوْ بِالتَّقَّةِ كَمَا أَنَّ زَرْعَ الْغَاصِبِ يُعَاوَضُ عَنْهُ بِالْقِيَمَةِ عَلَى رَوَايَةٍ وَبِالتَّقَّةِ عَلَى أُخْرَى وَالْإِجْبَارُ عَلَى الْمُعَاوَضَاتِ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِّ غَيْرُ مُسْتَبْعَدٍ فَإِنْ قِيلَ: فَعِنْدَكُمْ لَا يَجُوزُ لِلْجَارِ مَنَعُ جَارِهِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِوَضْعِ خَشْبَةٍ عَلَى جِدَارِهِ فَكَيْفَ مَنَعْتُمْ هَهُنَا؟ قُلْنَا: إِنَّمَا مَنَعْنَاهَا هُنَا مِنْ عَوْدِ الْحَقِّ الْقَدِيمِ الْمُتَضَمِّنِ مِلْكَ الْإِنْتِفَاعِ قَهْرًا سَوَاءٌ كَانَ مُحْتَاجًا إِلَيْهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَأَمَّا التَّمَكُّينُ مِنَ الْوَضْعِ لِلْإِئْتِفَاقِ فَتِلْكَ مَسْأَلَةٌ أُخْرَى وَأَكْثَرُ الْأَصْحَابِ يَشْتَرِطُونَ فِيهَا الْحَاجَةَ وَالتَّزَمَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْمَفْرَدَاتِ تَخْرِيجَ رَوَايَةٍ مِنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَنَعَ الْجَارِ مِنْ وَضْعِ الْخَشَبِ مُطْلَقًا ثُمَّ اعْتَدَرَ بِأَنَّ حَقَّ الْوَضْعِ هُنَا سَقَطَ عُقُوبَةُ لَامْتِنَاعِهِ مِنَ التَّقَّةِ الْوَاجِبَةِ وَحَمَلَ حَدِيثَ الزُّبَيْرِ وَشَرِيكَهِ فِي شِرَاجِ الْحُرَّةِ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: إِذَا انْهَدَمَ السَّقْفُ الَّذِي بَيْنَ سَقْلٍ أَحَدِهِمَا وَعُلُوُّ الْآخَرِ فَذَكَرَ الْأَصْحَابُ فِي الْإِجْبَارِ الرَّوَايَتَيْنِ وَالْمَنْصُوصُ هَهُنَا أَنَّهُ إِنْ انْكَسَرَ خَشْبُهُ فِيهِ فَبِنَاؤُهُمَا بَيْنَهُمَا لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ لَهُمَا جَمِيعًا وَظَاهِرُهُ الْإِجْبَارُ وَإِنْ انْهَدَمَ السَّقْفُ وَالْحَيْطَانُ لَمْ يُجْبَرْ صَاحِبُ الْعُلُوِّ عَلَى بِنَاءِ الْحَيْطَانِ لِأَنَّهَا خَاصٌّ مِلْكُ صَاحِبِ السَقْلِ وَلَكِنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى أَنْ يَبْنِيَ مَعَهُ السَّقْفَ فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ أَشْهَدُ عَلَيْهِ وَمَنْعُهُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ حَتَّى يُعْطِيَهُ حَقَّهُ وَيُجْبَرُ صَاحِبُ السَقْلِ عَلَى بِنَائِهِ لِأَنَّهُ

سُتْرَةٌ لَهُ نَقَلَ ذَلِكَ عَنْهُ أَبُو طَالِبٍ، وَنَقَلَ عَنْهُ ابْنُ الْحَكَمِ أَنَّ صَاحِبَ السَّقْلِ لَا يُجْبَرُ عَلَى بِنَاءِ
لِأَجْلِ صَاحِبِ الْعُلُوِّ لَكِنَّ صَاحِبَ الْعُلُوِّ لَهُ أَنْ يَبْنِيَ الْحِيطَانَ وَيُسْقِفَ عَلَيْهَا وَيَمْنَعَ صَاحِبَ
السَّقْلِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ حَتَّى يُعْطِيَهُ مَا بَنَى بِهِ السَّقْلَ وَيَكُونُ لَهُمَا جَمِيعًا وَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ
أَنْ يُعْطِيَهُ مَا بَنَى بِهِ الْحِيطَانَ فَيَصِيرُ الْبَيْتُ كَمَا كَانَ لِأَحَدِهِمَا سَقْلُهُ وَلِلْآخَرِ عُلُوُّهُ وَهُوَ ظَاهِرُ
كَلَامِهِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْطِيَهُ نِصْفَ قِيَمَةِ بِنَاءِ السَّقْلِ وَتَكُونُ الْحِيطَانُ مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا وَلِذَلِكَ
حَكَى الْأَصْحَابُ رَوَايَتَيْنِ فِي مِشَارَكَةِ صَاحِبِ الْعُلُوِّ لِصَاحِبِ السَّقْلِ فِي بِنَاءِ الْحِيطَانِ حَتَّى
أَخَذَ الْقَاضِي مِنْهُمَا رَوَايَةً بَعْدَ الْإِجْبَارِ فِي الْحَائِطِ الْمُشْتَرَكِ وَهُوَ بَعِيدٌ لِأَنَّ هَذَا الْمَعْنَى لَوْ
كَانَ صَحِيحًا لَكَانَ الْإِشْتِرَاكُ حَادِثًا بَعْدَ الْبِنَاءِ، فَلَا يَلْحَقُ بِهِ الْمِلْكُ الْمُشْتَرَكُ قَبْلَ الْبِنَاءِ
وَحَكَى الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي إِجْبَارِ صَاحِبِ السَّقْلِ عَلَى بِنَاءِ حَائِطِهِ لِحَقِّ صَاحِبِ الْعُلُوِّ
ثَلَاثَ رَوَايَاتٍ:

أَحَدُهَا: إِجْبَارُهُ مُتَفَرِّدًا بِتَفَقُّتِهِ وَأَخَذَهَا مِنْ رَوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ أَحْمَدَ عَلَّلَ بِأَنَّهُ
سُتْرَةٌ لَهُ فَعَلِمَ أَنَّ إِجْبَارَهُ لِحَقِّ جَارِهِ لَا لِحَقِّ صَاحِبِ الْعُلُوِّ وَلَكِنْ قَدْ يُقَالُ: إِنْ تَضَرَّرَ صَاحِبُ
الْعُلُوِّ بِتَرْكِ بِنَاءِ السَّقْلِ أَشَدُّ مِنْ تَضَرُّرِ الْجَارِ بِتَرْكِ السُّتْرَةِ لِأَنَّ هَذَا يَمْنَعُهُ حَقَّهُ بِالْكُلِّيَّةِ بِخِلَافِ
تَرْكِ السُّتْرَةِ وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ هِيَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ ابْنِ أَبِي مُوسَى.

وَالثَّانِيَّةُ: يُجْبَرُ عَلَى الْإِتِّفَاقِ عَلَى وَجْهِ الْإِشْتِرَاكِ نَقَلَهَا يَعْقُوبُ بْنُ بُخْتَانَ فَقَالَ يَشْتَرِكُونَ
عَلَى السَّقْلِ وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي الدَّرْدَاءِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

الثَّالِثَةُ: لَا يُجْبَرُ وَهِيَ رَوَايَةُ ابْنِ الْحَكَمِ وَحَكَى فِي الْمُجَرَّدِ إِجْبَارَ كُلِّ مِنْهُمَا عَلَى أَنْ يَبْنِيَ
مَعَ الْآخَرِ الْحِيطَانَ رَوَايَتَانِ وَكَذَا فِي الْإِجْبَارِ عَلَى بِنَاءِ السَّقْفِ الَّذِي يَخْتَصُّ بِمِلْكِ صَاحِبِ
الْعُلُوِّ وَحَاصِلُ هَذَا يَرْجِعُ إِلَى أَنَّهُ هَلْ يُلْزَمُ الْإِنْسَانُ بِنَاءَ مِلْكِهِ الْخَاصِّ بِهِ إِذَا كَانَ انْتِفَاعُ غَيْرِهِ
بِهِ مُسْتَحَقًّا كَمَا يُلْزَمُهُ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْهُ بِنَاءِ السُّتْرَةِ وَهَلْ يُلْزَمُ الشَّرِيكَ فِي الْإِنْتِفَاعِ الْبِنَاءَ مَعَ
الْمَالِكِ كَالشَّرِيكَ فِي الْمِلْكِ وَعَلَى هَذَا يُخْرَجُ إِذَا كَانَ لَهُ عَلَى حَائِطِ جَارٍ لَهُ يُحَافِظُهُ سَبَاطٌ
يَحِقُّ فَانْهَدَمَ الْحَائِطُ هَلْ يُجْبَرُ الْمَالِكُ عَلَى بِنَائِهِ؟ وَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ إِجْبَارُهُ أَنْ
يَبْنِيهِ مُتَفَرِّدًا بِهِ بِغَيْرِ خِلَافٍ وَلَعَلَّ هَذَا فِيمَا إِذَا كَانَ بِحَقِّ مُعَاوَضَةٍ وَمِثْلُهُ ذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي
فُتُوْنِهِ فِي مَنْ لَهُ حَقُّ إِجْرَاءِ مَائِهِ عَلَى سَطْحٍ غَيْرِهِ فَعَابَ السَّطْحَ وَلَوْ بِجَرَيَانِ مَائِهِ عَلَيْهِ لَمْ يُلْزَمْ
صَاحِبُ الْمَاءِ الْمِشَارَكَةَ فِي الْإِصْلَاحِ وَكَذَا لَوْ كَانَ مَاءُ تِلْكَ الدَّارِ يَجْرِي إِلَى بَيْتٍ بِحَقِّ
فَعَابَتِ الْبَيْتُ لَمْ يُلْزَمْ صَاحِبُ الْمَاءِ الْمِشَارَكَةَ فِي إِصْلَاحِهَا وَيُخْرَجُ ذَلِكَ كُلُّهُ عَلَى الْخِلَافِ

فِي السُّقْلِ الَّذِي عَلُوُّهُ لِمَالِكٍ [آخِرًا يَتَوَجَّهُ وَيَرْجِعُ إِلَى أَنَّ الشَّرِيكَ فِي الْإِنْتِفَاعِ هَلْ هِيَ كَالشَّرِيكَ فِي الْمِلْكِ.

وَمِنْهَا: الْقَنَاءَةُ الْمُشْتَرَكَةُ إِذَا تَهَدَّمَتْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى الْإِجْبَارِ عَلَى الْعِمَارَةِ كَمَا سَبَقَ وَلَمْ يَذْكُرْ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِيهِ خِلَافًا وَإِنَّمَا ذَكَرَ الرُّوَابِئِينَ فِي الْحَاطِطِ وَالْفَرْقُ أَنَّ الْحَاطِطَ يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ بِخِلَافِ الْقَنَاءَةِ وَالْبُئْرِ وَطَرَدَ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ فِيهِ الرُّوَابِئِينَ وَإِذَا لَمْ نَقُلْ بِالْإِجْبَارِ فَعَمَرَ أَحَدُهُمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنَعٌ الْآخَرَ مِنَ الْمَاءِ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ التَّلْخِصِ وَالْمُعْنِي لِأَنَّ الْمَاءَ بَاقٍ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ مِنَ الْمِلْكِ وَالْإِبَاحَةِ وَإِنَّمَا أَرَادَ الضَّرَرَ عَنْ طَرِيقِهِ وَلَا يَقَعُ الْإِسْتِغَالُ عَلَى مِلْكِ الْأَلَاتِ الْمَعْمُورِ بِهَا، وَفِي الْخِلَافِ الْكَبِيرِ وَالتَّمَامِ لِأَبِي الْحُسَيْنِ لَهُ الْمَنَعُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِالْقَنَاءَةِ وَيَشْهَدُ لَهُ نَصٌّ عَلَيْهِ بِالْمَنَعِ مِنْ سَكْنَى السُّقْلِ إِذَا بَنَاهُ صَاحِبُ الْعُلُوِّ وَمَنَعَ الشَّرِيكَ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِالْحَاطِطِ إِذَا أُعِيدَ بِأَلَاتِهِ الْعَتِيقَةِ لِأَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ إِنْتِفَاعٌ بِمَا بَدَلَ فِيهِ الشَّرِيكَ مَالَهُ فَيَمْنَعُ مِنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَلَئِنْ إِنْفَاقَهُ عَلَى نَفْسِهِ وَشَرِيكِهِ جَائِزٌ فَيَسْتَحِقُّ الرُّجُوعَ وَلَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا.

وَمِنْهَا: أَنَّ مَا يَقْبَلُ الْقِسْمَةَ مِنَ الْأَعْيَانِ إِذَا طَلَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ قِسْمَتَهُ أُجِبَ الْآخَرُ عَلَيْهَا وَعَلَى التَّزَامِ كُلِّفَهَا وَمُونَهَا لِتَكْمِيلِ نَفْعِ الشَّرِيكَ، فَأَمَّا مَا لَا يَقْبَلُ الْقِسْمَةَ فَإِنَّهُ يُجِبَرُ أَحَدُهُمَا عَلَى بَيْعِهِ إِذَا طَلَبَ الْآخَرُ بَيْعَهُ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى ذَلِكَ فِي رَوَايَةِ الْمِیْمُونِيِّ، فَقَالَ: إِذَا اخْتَلَفُوا فِي الْقِسْمَةِ فَلَيْسَ لِلْمُضَارِّ شَيْءٌ إِذَا كَانَ يَدْخُلُهُ نُقْصَانٌ ثَمَنِهِ يَبِيعُ وَأَعْطُوا الثَّمَنَ وَكَذَا نَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ قَالَ كُلُّ قِسْمَةٍ مِنْهَا ضَرَرٌ لَا أَرَى أَنْ يُقَسَّم. مِثْلُ عَبْدٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ وَأَرْضٌ فِي قِسْمَتِهَا ضَرَرٌ وَيُقَالُ لِصَاحِبِهَا: إِمَّا أَنْ تَشْتَرِيَ وَإِمَّا أَنْ تَتْرُكَهُ إِذَا كَانَ ضَرَرًا وَصَرَّحَ بِذَلِكَ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي وَالْحَلَوَانِيُّ وَالشَّيرَازِيُّ وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَالسَّامِرِيُّ وَصَاحِبُ التَّرَغِيبِ، وَصَرَّحَ بِمِثْلِهِ فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ إِذَا لَمْ يَتَّفَقَا عَلَى الْمُهَابَاةِ أَوْ تَشَاحًا، وَكَذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ، وَكَثِيرٌ مِنْهُمْ صَرَّحُوا بِأَنَّهُ يُبَاعُ عِنْدَ طَلَبِ الْقِسْمَةِ وَإِنْ لَمْ يَطْلُبِ الْبَيْعَ. وَلِهَذَا مَا خَذَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ إِذَا تَعَدَّرَ قِسْمَةُ الْعَيْنِ عُدِلَ إِلَى قِسْمَةِ بَدْلِهَا وَهُوَ الْقِيَمَةُ، وَهَذَا مَا خَذَ مَنْ قَالَ يُبَاعُ بِمُجَرَّدِ طَلَبِ الْقِسْمَةِ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ.

وَالثَّانِي: أَنَّ حَقَّ الشَّرِيكَ فِي نِصْفِ الْقِيَمَةِ مِثْلًا لَا فِي قِيَمَةِ النِّصْفِ فَلَوْ بَاعَ نَصِيبَهُ مُفْرَدًا لَنَقُصَ حَقُّهُ وَيَدُلُّ عَلَى أَنَّ حَقَّهُ فِي نِصْفِ الْقِيَمَةِ أَنَّ الشَّرْعَ أَمَرَ فِي السَّرَايَةِ أَنْ يَقُومَ الْعَبْدُ كُلُّهُ

ثُمَّ يُعْطَى الشُّرَكَاءُ قِيَمَةُ حِصَصِهِمْ، وَقَدْ نَصَّ الْأَصْحَابُ عَلَى أَنَّ لِلْوَلِيِّ بَيْعَ التَّرَكَةِ عَلَى الصَّغَارِ وَالْكَبَارِ إِذَا كَانَ فِي تَبَعِضِهَا ضَرَرٌ وَاحْتِيجَ إِلَى الْبَيْعِ، وَمَا دَلَّ عَلَيْهِ كَلَامُ بَعْضِهِمْ مِنْ امْتِنَاعِ الْبَيْعِ عَلَى الْكَبَارِ فِي غَيْرِ هَذِهِ الصُّورَةِ قَدْ يَكُونُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ ضَرَرَ مَا نَقَصَ لَيْسَ بِمَانِعٍ مِنْ قِسْمَةِ الْإِجْبَارِ كَقَوْلِ الْخِرَقِيِّ، وَإِنَّمَا الْمَانِعُ مِنْهُمَا أَنْ لَا يَتَفَعَّعَ بِالْمَقْسُومِ فَحِينَئِذٍ يَكُونُ عَدَمُ الْإِجْبَارِ عَلَى الْبَيْعِ فِي حَالَةِ نَقْصِ الْقِيَمَةِ مَبْنًى عَلَى أَنَّ الْقِسْمَةَ مُمَكِّنَةٌ وَمَعَ الْإِجْبَارِ عَلَيْهَا لَا يَقَعُ الْإِجْبَارُ عَلَى الْبَيْعِ ثُمَّ وَجَدْتُ فِي مَسَائِلِ ابْنِ مَتَّصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ فِي عَبْدٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ أَرَادَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَبِيعَ وَأَبَى الْآخَرُ، قَالَ أَحْمَدُ: يَبِيعُ كُلُّ مِنْهُمَا حِصَّتَهُ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا إِجْبَارَ عَلَى الْبَيْعِ مَعَ الشَّرِيكِ، وَهَذَا كُلُّهُ فِي الْمَشَاعِ الْمُشْتَرَكِ، فَأَمَّا الْمُتَمَيِّزُ كَمَنْ فِي أَرْضِهِ غَرْسٌ لغيرِهِ أَوْ فِي ثَوْبِهِ صَبْغٌ لغيرِهِ إِذَا طَلَبَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَبِيعَ الْآخَرُ مَعَهُ فِي إِجْبَارِهِ وَجِهَانِ، أَوْ رَدَّهُمَا صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي غِرَاسِ الْمُسْتَعِيرِ لِأَنَّهُ يُسْتَدَامُ فِي الْأَرْضِ فَلَا يَتَخَلَّصُ أَحَدُهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ بِدُونِ الْبَيْعِ، بِخِلَافِ غَرْسِ الْغَاصِبِ فَإِنَّهُ يَتَخَلَّصُ مِنْهُ بِالْقَلْعِ، فَأَمَّا الْبَيْعُ فِيهِ الْمَغْنَى وَغَيْرِهِ فِي بَيْعِ الْغَاصِبِ إِنْ طَلَبَ مَالِكُ الثَّوْبِ أَنْ يَبِيعَ مَعَهُ لَزِمَهُ وَفِي الْعَكْسِ وَجِهَانِ وَجَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِالْإِجْبَارِ عَلَى الْبَيْعِ بِطَلَبِ الْغَاصِبِ، وَأَمَّا صَبْغُ الْمُشْتَرِي إِذَا أَفْلَسَ وَأَخَذَ الْبَائِعُ ثَوْبَهُ وَطَلَبَ أَحَدُهُمَا الْبَيْعَ أُجِبَ الْآخَرُ عَلَيْهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الصَّبْغَ يُسْتَدَامُ فِي الثَّوْبِ فَلَا يَتَخَلَّصُ مِنَ الشَّرَكَةِ فِيهِ بِدُونِ الْبَيْعِ، وَإِنَّمَا فَرَقْنَا بَيْنَ طَلَبِ الْغَاصِبِ وَغَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَثَلٍّ يَتَسَلَّطُ الْغَاصِبُ بَعْدُوَانِهِ عَلَى إِخْرَاجِ مَلِكٍ غَيْرِهِ عَنْهُ قَهْرًا.

وَمِنْهَا: قِسْمَةُ الْمَنَافِعِ بِالْمُهَايَاةِ هَلْ تَجِبُ الْإِجَابَةُ إِلَيْهَا أَمْ لَا؟ الْمَشْهُورُ عَدَمُ الْوُجُوبِ وَلَمْ يَذْكُرِ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ فِي الْمَذْهَبِ سِوَاهُ وَفَرَّقُوا بَيْنَ الْمُهَايَاةِ وَالْقِسْمَةِ بِأَنَّ الْقِسْمَةَ إِفْرَازُ أَحَدِ الْمِلْكَيْنِ مِنَ الْآخَرِ وَالْمُهَايَاةُ مُعَاوَضَةٌ حَيْثُ كَانَتْ اسْتِيفَاءٌ لِلْمَنْفَعَةِ مِنْ مِثْلِهَا فِي زَمَنِ آخَرَ، وَفِيهَا تَأْخِيرُ أَحَدِهِمَا عَنْ اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ فَلَا يُلْزَمُ بِخِلَافِ قِسْمَةِ الْأَعْيَانِ، وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ صَالِحٍ وَحَنْبَلٍ وَأَبِي طَالِبٍ فِي الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ إِذَا أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نِصْفَهُ أَوْ كَاتَبَهُ فَإِنَّهُ يَكُونُ يَوْمًا لِنَفْسِهِ وَيَوْمًا لِسَيِّدِهِ الْبَاقِي، وَتَأَوَّلَهُ الْقَاضِي عَلَى التَّرَاضِي وَهُوَ بَعِيدٌ وَحَكَى أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ فِيهِ رَوَايَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: يَكُونُ يَوْمًا لِنَفْسِهِ وَيَوْمًا لِسَيِّدِهِ، وَالْآخَرَى أَنَّ كَسْبَهُ بَيْنَهُمَا وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى وَقُوعِ الْمُهَايَاةِ حُكْمًا مِنْ غَيْرِ طَلَبٍ وَفِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهٌ آخَرٌ أَنَّهُ تَجِبُ الْمُهَايَاةُ بِالْمَكَانِ دُونَ الزَّمَانِ لِانْتِفَاءِ تَأْخِيرِ اسْتِيفَاءِ أَحَدِهِمَا لِحَقِّهِ فِي الْمُهَايَاةِ بِالْإِمْكِنَةِ فَهُوَ كَقِسْمَةِ الْأَعْيَانِ وَاخْتَارَهُ

صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ وَعَلَى الْقَوْلِ بِإِنْتِفَاءِ الْوُجُوبِ مُطْلَقًا فَيَجُوزُ بِالْتَرَاضِي، وَهَلْ تَعَّ لَازِمَةً إِذَا كَانَتْ مُدْتَبَّحَةً مَعْلُومَةً أَوْ جَائِزَةً؟ عَلَى وَجْهَيْنِ. وَالْمَجْزُومُ فِي التَّرْغِيبِ الْجَوَازُ، وَاخْتَارَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ اللَّزُومَ، وَعَلَى الْقَوْلِ بِالْجَوَازِ لَوْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ اسْتِيفَاءِ نَوْتِهِ فَلَهُ ذَلِكَ وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ الْاسْتِيفَاءِ غَرِمَ مَا انْفَرَدَ بِهِ وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: لَا يَنْفَسَخُ حَتَّى يَنْقَضِيَ الدَّوْرُ وَيَسْتَوْفِيَ كُلُّ مِنْهُمَا حَقَّهُ مِنْهُ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُؤْخَذَ ذَلِكَ مِنْ مَسْأَلَةِ الْقَسَمِ وَهِيَ أَنَّ مَنْ لَهُ زَوْجَتَانِ فَقَسَمَ لِأَحَدَاهُمَا ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يُطْلَقَ الْأُخْرَى لَمْ يَجْزُ لَهُ حَتَّى يُؤْفِقَهَا حَقَّهَا مِنَ الْقَسَمِ لِئَلَّا يَفُوتَ حَقُّهَا بِالطَّلَاقِ، وَلَا يُقَالُ: هَذِهِ الْقِسْمَةُ لَازِمَةٌ بِخِلَافِ الْمُهَابَاةِ لِأَنَّهَا إِنَّمَا لَزِمَتْ لِأَجْلِ الْمُسَاوَاةِ بَيْنَ الزَّوْجِيَّةِ، وَلِهَذَا قَالَ الْقَاضِي: وَمَنْ اتَّبَعَهُ أَنَّ قَسَمَ الْإِنْتِدَاءِ لَيْسَ بِوَاجِبٍ وَلَوْ اسْتَوْفَى أَحَدُهُمَا شَرْطَهُ ثُمَّ تَلَفَتِ الْمَنَافِعُ فِي الذَّكَرِ الْآخَرَ قَبْلَ تَمَكُّنِهِ مِنَ الْقَبْضِ، فَأَقْنَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ بِأَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الْأَوَّلِ بِدَلِّ حِصَّتِهِ مِنْ تِلْكَ الْمُدَّةِ الَّتِي اسْتَوْفَاهَا مَا لَمْ يَكُنْ قَدْ رَضِيَ بِمَنْفَعَةِ الزَّمَنِ الْمُتَأَخَّرِ عَلَى أَيِّ حَالٍ كَانَ جَعْلًا لِلتَّلَافِ قَبْلَ الْقَبْضِ كَالتَّلَافِ فِي الْإِجَارَةِ قَالَ: وَسَوَاءٌ قُلْنَا: الْقِسْمَةُ إِفْرَازٌ أَوْ بَيْعٌ فَإِنَّ الْمُعَادِلَةَ مُعْتَبَرَةً فِيهَا عَلَى الْقَوْلَيْنِ وَلِهَذَا ثَبَتَ فِيهَا خِيَارُ الْعَيْبِ وَالتَّلْدِيسِ انْتَهَى.

وَهَذَا عَلَى الْقَوْلِ بِالْجَوَازِ ظَاهِرٌ، وَلَكِنَّ الشَّيْخَ رَجَعَ اللَّزُومَ. وَيَتَخَرَّجُ فِي الرُّجُوعِ حَيْثُودُ وَجْهَانِ بِنَاءً عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فِيمَا إِذَا تَقَاسَمَ الشَّرِيكَانِ الدِّينَ فِي ذِمِّ الْغُرَمَاءِ ثُمَّ تَلَفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْقَبْضِ هَلْ يَسْتَحِقُّ صَاحِبُهُ الرُّجُوعَ عَلَى الْآخَرِ فِيمَا قَبَضَهُ أَمْ لَا؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ نَقَلَهُمَا مَعَ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي مَسَائِلِهِ عَنْ أَحْمَدَ، وَرَوَايَةُ الرُّجُوعِ حَمَلَهَا الْأَصْحَابُ عَلَى أَنَّ الْقِسْمَةَ لَمْ تَصَحَّ، لَكِنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِمْ لَمْ تَصَحَّ أَنَّهَا غَيْرُ لَازِمَةٍ لِأَنَّ الْقَبْضَ بِهَا مُحَرَّمٌ بَاطِلٌ، وَلِهَذَا قَالُوا: لَوْ قَبَضَ شَيْئًا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ لَا انْفَرَدَ بِهِ عَلَى الصَّحِيحِ فَيَكُونُ حَيْثُودُ شَبَّهَ بِالْمُهَابَاةِ.

وَمِنْهَا: الزَّرْعُ وَالشَّجَرُ الْمُشْتَرَكُ إِذَا طَلَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ سَقِيَهُ وَهُوَ مُحْتَاجٌ إِلَى ذَلِكَ أَجْبَرُ الْآخَرَ عَلَيْهِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي، وَحَكَاهُ عَنْ أَبِي بَكْرٍ فِيمَا إِذَا أَوْصَى لِأَحَدِهِمَا بِزَرْعٍ وَلِالْآخَرِ بِتِنْبَةٍ وَأَخَذَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْجِدَارِ وَهُوَ أَوْلَى بِالْوُجُوبِ لِأَنَّ السَّقْيَ مِنْ بَابِ حِفْظِ الْأَصْلِ وَإِبْقَائِهِ فَهُوَ شَرْطَةُ السَّقْفِ إِذَا انْكَسَرَ بَعْضُ خَشْبِهِ وَالْحَائِطُ الْمَائِلُ، وَذَلِكَ أَوْلَى بِالْوُجُوبِ مِنْ بِنَاءِ السَّاقِطِ لِأَنَّ إِعَادَةَ الْحَائِطِ بَعْدَ زَوَالِهِ شَبَّهَ بِإِحْدَاثِ الْمَنْفَعَةِ لَكِنْ لَمَّا كَانَ رَدًّا لَهُ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ أَلْحَقَ بِاسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ، وَأَلْحَقَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ بِهِذَا كُلِّ مَا فِيهِ حِفْظُ الْأَصْلِ إِذَا أُحْتِيجَ إِلَيْهِ مِثْلُ الْحَارِسِ وَالنَّاطِرِ وَالِدَلِيلِ عَلَى الطَّرِيقِ وَالرُّشُوءِ الَّتِي يُحْتَاجُ إِلَيْهَا لِدَفْعِ الظُّلْمِ

عَنِ الْمَالِ، وَذَكَرَ الْقَاضِي أَيْضًا فِيمَنْ اشْتَرَى شَجَرًا وَعَلَيْهِ ثَمَرٌ لِلْبَائِعِ أَنَّ أَحَدَهُمَا إِذَا طَلَبَ السَّقْيَ لِحَاجَةِ مَلِكِهِ إِلَيْهِ أُجِبَ الْآخَرُ عَلَى التَّمَكُّينِ لِدُخُولِهِ عَلَى ذَلِكَ وَتَكُونُ الْأَجْرَةُ عَلَى الطَّلَبِ لاختصاصه بالطَّلَبِ دُونَ صَاحِبِهِ، وَهَذَا يَشْمَلُ مَا إِذَا كَانَ [نَفْعُ] السَّقْيِ رَاجِعًا إِلَيْهِمَا، وَعَلَّلَ ذَلِكَ فِي الْمُغْنِي بِأَنَّ السَّقْيَ لِحَاجَتِهِ وَظَاهِرُهُ اخْتِصَاصُهُ بِحَالَةٍ عَدِمَ حَاجَةُ الْآخَرِ فَإِنَّ النَّفْعَ إِذَا كَانَ لَهُمَا فَالْمُثَوْنَةُ عَلَيْهِمَا كِبَاءُ الْجِدَارِ وَإِنْ عَطِشَ الْأَصْلُ وَخِيفَ عَلَيْهِ الضَّرَرُ فَبِالْإِجْبَارِ عَلَى الْقَطْعِ وَجِهَانِ ذَكَرَهُمَا فِي الْمُغْنِي وَعَلَّلَ لِلْإِجْبَارِ بِأَنَّ الضَّرَرَ لَاحِقٌ لِلتَّمَكُّينِ لَا مَحَالَةَ مَعَ الْقَطْعِ وَالتَّبْقِيَةِ وَالْأَصْلُ يَنْحَقِظُ بِالْقَطْعِ فَمَرَاعَاتُهُ أَوْلَى، وَذَكَرَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِيمَا لَوْ وَصَّى بِشَرِّ شَجَرٍ لِرَجُلٍ وَبِرَقِيَّتِهِ لِآخَرٍ أَنَّهُ لَا يُجِبُّ أَحَدَهُمَا عَلَى السَّقْيِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَمْ يَدْخُلْ عَلَى حِفْظِ مَالِ الْآخَرِ بِخِلَافِ الثَّمَرِ الْمُشْتَرَى فِي رُءُوسِ النَّخْلِ، وَهَذَا فِي سَقْيِ أَحَدِهِمَا بِخَالِصِ حَقِّ الْآخَرِ بِخِلَافِ مَا سَبَقَ فِي الْوَصِيَّةِ بِالزَّرْعِ وَالتَّبْنِ.

* * *

القاعدة السابعة والسبعون:

مَنْ اتَّصَلَ بِمَلِكِهِ بِمِلْكٍ غَيْرِهِ مُتَمَيِّزًا عَنْهُ وَهُوَ تَابِعٌ لَهُ وَلَمْ يُمَكِّنْ فَصْلُهُ مِنْهُ بِدُونِ ضَرَرٍ يَلْحَقُهُ وَفِي إِبْقَائِهِ عَلَى الشَّرَكَةِ ضَرَرٌ لَمْ يَفْصِلْهُ مَالُكَهُ فَلِمَالِكِ الْأَصْلِ أَنْ يَتَمَلَّكَهُ بِالْقِيَمَةِ مِنْ مَالِكِهِ وَيُجِبَرِ الْمَالِكُ عَلَى الْقَبُولِ. وَإِنْ كَانَ يُمَكِّنُ فَصْلُهُ بِدُونِ ضَرَرٍ يَلْحَقُ مَالِكِ الْأَصْلِ فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ تَمَلُّكُهُ قَهْرًا لِزَوَالِ ضَرَرِهِ بِالْفَصْلِ وَيَتَخَرَّجُ عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: غِرَاسُ الْمُسْتَأْجِرِ وَبِنَاؤُهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ إِذَا لَمْ يَقْلَعَهُ الْمَالِكُ فَلِلْمُؤْجَرِ تَمَلُّكُهُ بِالْقِيَمَةِ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ قَلْعَهُ بِدُونِ ضَمَانِ نَقْصِهِ، وَفِيهِ ضَرَرٌ عَلَيْهِ ذَكَرَ ذَلِكَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَالْأَكْثَرُونَ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّ لَا يَقْلَعَهُ الْمَالِكُ فَلَعَلَّهُ جَعَلَ الْخِيَرَةَ لِمَالِكِ الْأَرْضِ دُونَ مَالِكِ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ.

وَمِنْهَا: غِرَاسُ الْمُسْتَعِيرِ وَبِنَاؤُهُ إِذَا رَجَعَ الْمُعِيرُ أَوْ انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِعَارَةِ وَقُلْنَا: يَلْزَمُ بِالتَّوْقِيتِ فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَتَمَلَّكُ بِالْقِيَمَةِ نَقْلَهُ عَنْهُ مِنْهَا وَأَبْنُ مَنْصُورٍ، وَكَذَلِكَ نَقَلَ عَنْهُ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ لَكِنْ قَالَ فِي رِوَايَةٍ: يَتَمَلَّكُ بِالتَّقَّةِ وَلِمَالِكِهِ الْقَلْعُ ابْتِدَاءً بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَلَا يُجِبَرُ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ فَتَرَدَّدَ فِيهِ كَلَامُ الْأَصْحَابِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَقْلَعُ بِدُونِ شَرْطٍ

وَمِنْهَا: غِرَاسُ الْمُشْتَرِي فِي الْأَرْضِ الْمَشْفُوعَةِ وَبِنَاؤُهُ حَيْثُ يُتَصَوَّرُ ذَلِكَ إِذَا انْتَزَعَ الشَّيْءُ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُ مَعَ الْأَرْضِ بِقِيَمَتِهِ نَصًّا عَلَيْهِ وَلِكَمَالِهِ أَنْ يَقْلَعَهُ أَيْضًا وَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ النَّقْصَ.

وَمِنْهَا: غِرَاسُ الْمُفْلِسِ وَبِنَاؤُهُ إِذَا رَجَعَ صَاحِبُ الْأَرْضِ فَلِلْمُفْلِسِ وَالْغُرْمَاءِ الْقَلْعُ فَإِنْ أَبَوْهُ وَطَلَبَ الْبَائِعُ التَّمْلِكَ بِالْقِيَمَةِ مَلَكُهُ، وَكَذَلِكَ إِذَا طَلَبَ الْقَلْعَ مَضْمُونًا.

وَمِنْهَا: إِذَا أَصْدَقَهَا أَرْضًا فَعَرَسَتْ فِيهَا أَوْ بَنَتْ ثُمَّ طَلَقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ فَطَلَبَ الرَّجُوعَ فِي نِصْفِهَا وَبَذَلَ نِصْفَ قِيَمَةِ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ قَالَ الْخَرَقِيُّ: يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ. وَقَالَ الْقَاضِي: يَسْقُطُ حَقُّهُ إِلَى الْقِيَمَةِ عَلَى قَوْلِهِ فَلَيْسَتْ الْمَسْأَلَةُ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ فَإِنْ قِيلَ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ وَالَّتِي قَبْلَهَا يَتِمُّكَ فِيهِمَا الْغِرَاسُ وَالْبِنَاءُ مَعَ الْأَرْضِ فَلَا يَكُونَانِ مِنْ صُورِ مَسَائِلِ الْقَاعِدَةِ. قِيلَ: بَلْ هُمَا مِنْهَا فَإِنَّ الشَّيْءَ إِمَّا اسْتَحَقَّ انْتِزَاعَ بِنَاءِ الْمُشْتَرِي وَغِرَاسِهِ لِأَنَّهُ أَحْدَثَهُ فِي حَالِ تَعَلُّقٍ حَقُّهُ بِهِ، فَكَأَنَّهُ قَدْ أَحْدَثَهُ فِي مِلْكِهِ، وَكَذَلِكَ الزَّوْجَةُ لِأَنَّهَا قَبْلَ الدُّخُولِ لَمْ يَسْتَقِرَّ لَهَا الْمِلْكُ عَلَى النِّصْفِ لِتَعَرُّضِهِ لِعَوْدِهِ إِلَى الزَّوْجِ بِاخْتِيَارِهِ تَارَةً وَبِغَيْرِهِ أُخْرَى، وَفِي انْتِقَالِ مِلْكِ النِّصْفِ إِلَيْهَا خِلَافٌ مَشْهُورٌ فَكَذَلِكَ [يَسْتَحَقُّ] الزَّوْجُ تَمْلِكُهُ.

وَمِنْهَا: الْقَابِضُ بِعَقْلٍ فَاسِدٍ مِنَ الْمَالِكِ إِذَا غَرَسَ وَبَنَى فَلِلْمَالِكِ تَمْلِكُهُ بِالْقِيَمَةِ كَغِرَاسِ الْمُسْتَعِيرِ وَلَا يَقْلَعُ إِلَّا مَضْمُونًا بِالِاسْتِنَادِ إِلَى الْإِذْنِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ.

وَمِنْهَا: غِرَاسُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالْحَالِ، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَتِمُّكَ بِالْقِيَمَةِ وَلَا يَقْلَعُ مَجَانًا نَقْلَهُ عَنْهُ حَرْبٌ وَيَعْقُوبُ بْنُ بُخْتَانَ فِي رَجُلٍ بَاعَ أَرْضًا مِنْ رَجُلٍ فَعَمِلَ فِيهَا وَغَرَسَ ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا آخَرُ قَالَ يَرُدُّ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْغِرَاسِ أَوْ نَفَقَتَهُ لَيْسَ هَذَا مِثْلَ مَنْ غَرَسَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ، وَكَذَلِكَ نَقَلَ عَنْهُ مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي حَرْبٍ الْجُرْجَانِيُّ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَنْ اشْتَرَى أَرْضًا فَعَمِلَ فِيهَا وَغَرَسَ ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا آخَرُ أَنَّهُ يَرُدُّ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْغِرَاسِ يَوْمَ يَسْتَحَقُّ لَيْسَ هَذَا مِثْلَ الْغِرَاسِ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ فَيَقْلَعُ غَرَسَهُ، وَحَمَلَ الْقَاضِي هَذِهِ النُّصُوصَ عَلَى أَنَّ لَهُ الْقِيَمَةَ عَلَى مَنْ غَرَسَهُ كَمَا فِي الْغُرُورِ بِنِكَاحِ أُمَةٍ، قَالَ فَأَمَّا الْمُسْتَحَقُّ الْأَرْضَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ مِنْهُ إِذْنٌ فِي ذَلِكَ، وَهَذَا مُخَالَفٌ لِمَدْلُولِ هَذِهِ النُّصُوصِ عَلَى مَا لَا يَخْفَى وَكَوْنُهُ لَمْ يَحْصُلْ مِنْهُ إِذْنٌ لَا يَنْفِي كَوْنَ الْغِرَاسِ مُحَرَّمًا كَمَا نَقُولُ فِيمَنْ حَمَلَ السَّيْلَ إِلَى أَرْضِهِ نَوًى فَنَبَتَ شَجَرًا أَنَّهُ كَغِرَاسِ الْمُسْتَعِيرِ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ لَا يَقْلَعُ مَجَانًا لِعَدَمِ التَّعَدِّي فِي غَرَسِهِ وَهُوَ اخْتِيَارُهُ أَعْنِي الْقَاضِي، وَأَقْرَأَهَا الْبَاقِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ خِلَافِهِ رِوَايَةً،

وَكَذَلِكَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ، وَلَكِنَّ الَّذِي ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَتَبِعَهُ عَلَيْهِ الْمُتَأَخِّرُونَ أَنَّ لِلْمَالِكِ قَلْعَهُ مَجَانًّا وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي بِالتَّقْصِ عَلَى مَنْ غَرَهُ وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ وَلَا يَثْبُتُ عَنْ أَحْمَدَ سِوَاهُ، وَهُوَ قَوْلُ اللَّيْثِ وَمَالِكٍ وَأَبِي عُبَيْدٍ وَبِهِ قَضَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، لَكِنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ خَيْرَ صَاحِبِ الْأَرْضِ بَيْنَ أَنْ يُعْطِيَ الْغَرَسَ قِيمَةَ غَرَسِهِ وَيَبْنَ أَنْ يَدْفَعَ الْغَرَسُ إِلَيْهِ قِيمَةَ أَرْضِهِ، وَكَذَلِكَ قَضَى عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ، لَكِنَّهُ إِذَا قَضَى بِدَفْعِ قِيمَةِ الْأَرْضِ إِلَى الْمَالِكِ عِنْدَ عَجْزِهِ عَنْ دَفْعِ قِيمَةِ الْغَرَسِ وَقَدْ ذَكَرَ هَذِهِ الْأَثَارَ أَبُو عُبَيْدٍ الْقَاسِمُ بْنُ سَلَامٍ فِي كِتَابِ الْأَمْوَالِ، وَالْخَلَالُ فِي كِتَابِ الْقُرْعَةِ مِنَ الْجَامِعِ.

وَمِنْهَا: غِرَاسُ الْغَاصِبِ وَبِنَاؤُهُ وَالْمَشْهُورُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ لِلْمَالِكِ قَلْعَهُ مَجَانًّا وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ، وَعَنْهُ رَوَايَةٌ ثَانِيَةٌ لَا يَقْلَعُ بَلْ يَتَمَلَّكُ بِالْقِيمَةِ أَيْضًا وَمِمَّنْ حَكَاهَا الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ لَهُمَا وَخَرَّجَاهَا فِي خِلَافِيهِمَا مِنْ مَسْأَلَةِ الصَّبْغِ، وَنَصَّ عَلَيْهَا أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ فِيمَنْ غَصَبَ أَرْضًا أَوْ دَارًا وَبَنَى فِيهَا قَالَ يُعْجِنِي أَنْ يَغْرَمَ الْبِنَاءَ وَيُعْطَى لِأَنَّهُ إِنْ أَخَذَ الْغَاصِبُ بِنَاءً أَضَرَ بِرَبِّ الْأَرْضِ فِي الْخُرَابِ وَالْهَدْمِ وَيَكُونُ أَيْضًا ذَهَابَ مَالِ الْغَاصِبِ فِي الْأَجْرِ وَالْجِصِّ وَكُلِّ شَيْءٍ وَفِي مَسَائِلِ ابْنِ هَانِئٍ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَجُلٍ أَكْتَرَى أَرْضًا فَعَرَسَ فِيهَا أَشْجَارًا وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ رَبُّ الْأَرْضِ أَنْ لَا يَغْرَسَ فِيهَا غَيْرَهُ فَعَرَسَ فِيهَا شَجَرًا يَعْني غَيْرَ مَا اشْتَرَطَهُ وَاتَّيَمَرَ الشَّجَرُ وَارَادَ أَنْ يَقْلَعَ الْغِرَاسَ قَالَ: لَا يَقْلَعُ الشَّجَرُ مِنَ الْأَرْضِ [لِئَلَّا] يَضُرَّ بِهِمَا جَمِيعًا، وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ فَلَا يَقْلَعُ إِلَّا مَضْمُونًا لِعَرَسِ الْمُسْتَعِيرِ كَذَلِكَ حَكَاهَا الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فَلِذَلِكَ يَمْلِكُ بِالْقِيمَةِ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ الْقَلْعُ يَدُونِ ضَرَرٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا بَنَى الْوَارِثُ فِي الْأَرْضِ الْمُوصَى بِهَا قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى: إِنْ كَانَ غَيْرَ عَالِمٍ بِالْوَصِيَّةِ فَهُوَ مُحْتَرَمٌ يَتَمَلَّكُ بِقِيمَتِهِ غَيْرَ مَقْلُوعٍ وَجْهًا وَاحِدًا، وَإِنْ كَانَ عَالِمًا بِالْوَصِيَّةِ فَكَذَلِكَ وَيَتَوَجَّهُ أَنْ يَقْلَعَ بِنَاءَهُ وَلَمْ يَفْرُقْ بَيْنَ مَا قَبْلَ الْقَبُولِ وَبَعْدَهُ فَإِنَّ ظَاهِرَ كَلَامِهِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِكُ بِالْمَوْتِ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ فَإِنَّهُ ذَكَرَ أَنَّ مَنْ أَوْصَى لِمَنْ لَا يَعْرِفُ حُمِلَتْ وَصِيَّتُهُ إِلَى الْحَاكِمِ لِيَفْرَقَهَا فِي أَبْوَابِ الْبِرِّ وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا وَلَكِنَّ مَا ذَكَرَهُ مِنْ أَنَّ الْوَارِثَ إِذَا بَنَى وَهُوَ عَالِمٌ بِالْوَصِيَّةِ أَنَّ بِنَاءَهُ لَا يَقْلَعُ يُشْكِلُ عَلَى ذَلِكَ لِأَنَّهُ يَكُونُ كِبْنَاءِ الْغَاصِبِ، وَأَمَّا غَيْرُ الْعَالِمِ فَبِنَاؤُهُ كِبْنَاءِ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ عَلَى مَا سَبَقَ، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةٍ

ابْنُ مَنْصُورٍ أَنَّ الْبِنَاءَ لِلْوَرْتَةِ وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لِتَمَلُّكِهِ عَلَيْهِمْ وَلَا لِقَلْعِهِ فَظَاهِرُهُ أَنَّهُ مُحْتَرَمٌ وَذَلِكَ يَرْجِعُ إِلَى أَنَّ الْمُوصَى لَهُ يَمْلِكُهُ مِنْ حِينَ الْقَبُولِ، أَمَّا إِنْ قِيلَ يَمْلِكُهُ بِالْمَوْتِ أَوْ يَتَّيْنُ بِقَبُولِهِ مِلْكُهُ بِالْمَوْتِ فَالْبِنَاءُ فِي الْأَرْضِ مَعَ الْعِلْمِ بِالْحَالِ تَقْرِيطٌ وَعُدْوَانٌ.

وَمِنْهَا: مَنْ كَانَ فِي أَرْضِهِ نَخْلَةٌ لغيره فَلَحِقَ صَاحِبُ الْأَرْضِ ضَرَرٌ بِدُخُولِهِ، قَالَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ حَنْبَلٍ ذَكَرَ لَهُ الْحَدِيثَ الَّذِي وَرَدَ فِي ذَلِكَ وَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ صَاحِبَهَا أَنْ يَبِيعَ فَأَبَى فَأَمَرَهُ أَنْ يَنْقُلَ فَأَبَى فَأَمَرَهُ أَنْ يَهَبَ فَأَبَى، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «أَنْتَ مُضَارٌّ، اذْهَبْ فَأَقْلَعْ نَخْلَهُ»^(١). قَالَ أَحْمَدُ: كُلَّمَا كَانَ عَلَى هَذِهِ الْجِهَةِ وَفِيهِ ضَرَرٌ يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ فَإِنْ أَجَابَ وَلَا جَبْرَهُ السُّلْطَانُ، وَلَا يَضُرُّ بِأَخِيهِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِيهِ مِرْقُوقٌ لَهُ وَالْحَدِيثُ الْمُسَارُّ إِلَيْهِ أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ فِي السُّنَنِ وَأَوْرَدَهُ الْخَلَّالُ فِي الْجَامِعِ مِنْ وَجْهِ آخَرَ وَلَا يُقَالُ: لَمْ يَأْمُرْ بِضَمَانِ النَّقْصِ فَيَكُونُ كَغَرَسِ الْغَاصِبِ فَكَيْفَ يَتَمَلَّكُ لَأَنَّا قَلَمْنَا الْخِلَافَ فِي غَرَسِ [الْغَاصِبِ] وَأَيْضًا فَلَا أَمْرٌ بِالْقَلْعِ هُنَا إِنَّمَا كَانَ عِنْدَ الْإِصْرَارِ عَلَى الْمُضَارَّةِ وَالْامْتِنَاعِ مِنْ قَبُولِ مَا يَدْفَعُ ضَرَرَ الْمَالِكِ وَكَهَذَا قَالَ أَصْحَابُنَا فِي الْمُسْتَعِيرِ: إِذَا امْتَنَعَ الْمُعِيرُ مِنَ الضَّمَانِ مُطْلَقًا فَطَلَبَ قِيَمَةُ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ أُجِيبَ إِلَى ذَلِكَ وَإِنْ طَلَبَ الْقَلْعَ وَضَمَانِ النَّقْصِ لَمْ يُجِبْ.

وَمِنْ ذَلِكَ: إِذَا اشْتَرَى حَيَوَانًا يُؤْكَلُ وَاسْتَتْنَى رَأْسَهُ أَوْ أَطْرَافَهُ فَإِنَّهُ يَصَحُّ، فَإِذَا امْتَنَعَ الْمُشْتَرِي مِنَ الذَّبْحِ لَمْ يَجِبْ وَكَانَ لَهُ قِيَمَةُ الْمُسْتَتْنَى نَصَّ عَلَيْهِ.

وَمِنْ ذَلِكَ: مَنْ مَلَكَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ ثُمَّ زَالَ عَنْهُ مِلْكُهُ بِفَسْخِ هَلْ يَمْلِكُ مَنْ عَادَ إِلَيْهِ الْمِلْكُ وَيَمْلِكُ الصَّبْغُ بِالْقِيَمَةِ أَمْ لَا قَالَ الْأَصْحَابُ فِي بَائِعِ الْمُفْلِسِ إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ الثَّوبَ وَفِيهِ صَبْغٌ إِنْ لَهُ تَمَلُّكُهُ بِالْقِيَمَةِ لِأَنَّهُ مُعَدٌّ لِلْبَيْعِ وَلَا بُدَّ فَيَكُونُ الْبَائِعُ أَوْلَى مِنْهُ لَا تَصَالِهِ بِمِلْكِهِ، وَأَمَّا إِنْ رَجَعَ إِلَيْهِ بِفَسْخِ بَعِيْبٍ فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ تَمَلُّكُهُ قَهْرًا، وَخَرَجَ ابْنُ عَقِيلٍ وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ يَتَمَلَّكُهُ بِالْقِيَمَةِ مِنْ مَسْأَلَةِ الْخَرْقِيِّ فِي الصَّدَاقِ حَيْثُ قَالَ لَهُ تَمَلَّكُ الصَّبْغِ بِقِيَمَتِهِ، وَنَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ الْمُشْتَرِي يَرُدُّ الْمَبِيعَ عَلَى الْبَائِعِ وَيَأْخُذُ مِنْهُ قِيَمَةَ الصَّبْغِ وَهَذَا يُشْعِرُ بِإِجْبَارِ الْبَائِعِ عَلَى دَفْعِ قِيَمَتِهِ، وَأَمَّا الْغَاصِبُ إِذَا صَبَّغَ الثَّوبَ فَهَلْ لِلْمَالِكِ تَمَلُّكُ الصَّبْغِ بِقِيَمَتِهِ قَهْرًا أَمْ لَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ وَاخْتَارَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ عَدَمَهُ وَصَحَّحَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ خِلَافَهُ لِأَنَّ الْمَشْهُورَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ قَلْعَهُ وَيَمْلِكُهُ عَلَى وَجْهِ مَضْمُونًا بِخِلَافِ الْبِنَاءِ وَالْغِرَاسِ فَلَا يَتَخَلَّصُ مِنَ الضَّرَرِ بِدُونِ تَمَلُّكِهِ فَأَمَّا الْأَثَارُ الَّتِي يَقَعُ بِهَا الشَّرِكَةُ كَضَرْبِ الْحَدِيدِ مَسَامِيرَ وَنَجْرِ

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ فِي سُنَنِهِ ح (٣٦٣٦) (٣/٣١٥) وَابْنُ بَيْهَقٍ ح (١١٦٦٣) (٦/١٥٧).

الْخَشَبَ أَبُوَابَا فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ مِنَ الْغَاصِبِ فَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ عَلَى أَنَّ الْمَالِكَ يَدْفَعُ إِلَيْهِ قِيمَةَ الزِّيَادَةِ وَيَتَمَلَّكُهُ عَلَيْهِ وَكَذَا قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَالشَّيرَازِيُّ لَكِنَّهُمَا جَعَلَا الْمَرْدُودَ نَفَقَةَ الْعَمَلِ دُونَ الْقِيَمَةِ.

* * *

القاعدة الثامنة والسبعون:

مَنْ أَدْخَلَ النَّقْصَ عَلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ لاسْتِصْلَاحِ تَمَلُّكِهِ وَتَخَلُّصِهِ مِنْ مِلْكٍ غَيْرِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ دَخَلَ النَّقْصُ عَلَيْهِ بِتَفْرِيطٍ بِإِشْغَالِ مِلْكِهِ بِمِلْكٍ غَيْرِهِ فَالضَّمَانُ عَلَى مَنْ أَدْخَلَ النَّقْصَ، وَإِنْ كَانَ مِنْهُ تَفْرِيطٌ فَلَا ضَمَانَ عَلَى مَنْ أَدْخَلَ النَّقْصَ وَكَذَا إِنْ وَجِدَ مِمَّنْ دَخَلَ النَّقْصُ عَلَيْهِ إِذْنٌ فِي تَفْرِيعِ مِلْكِهِ مِنْ مِلْكٍ غَيْرِهِ حَيْثُ لَا يُجْبَرُ الْآخَرُ عَلَى التَّفْرِيعِ وَإِنْ وَجِدَ مِنْهُ إِذْنٌ فِي إِشْغَالِ مِلْكِهِ بِمَالٍ غَيْرِهِ حَيْثُ لَا يُجْبَرُ الْآخَرُ عَلَى التَّفْرِيعِ فَوَجْهَانِ، وَيُفَرَّقُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: لَوْ بَاعَ دَارًا فِيهَا نَاقَةٌ لَمْ تَخْرُجْ مِنَ الْبَابِ إِلَّا يَهْدِمُهُ فَإِنَّهُ يَهْدِمُ وَيَضْمَنُ لِلْمُشْتَرِي النَّقْصَ.

وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى أَرْضًا فِيهَا زَرْعٌ لِلْبَائِعِ فَحَصَدَهُ فَإِنْ لَمْ يَبْقَ لَهُ عُرُوقٌ أَوْ كَانَتْ لَا تَضُرُّ فَلَيْسَ عَلَيْهِ نَقْلُهَا، وَإِنْ كَانَتْ تَضُرُّ عُرُوقَهُ بِالْأَرْضِ كَالْقُطْنِ وَالذَّرَّةِ فَعَلَيْهِ النُّقْلُ وَتَسْوِيَةُ الْحَفْرِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ دَخَلَ حَيَوَانٌ غَيْرَهُ دَارَهُ وَتَعَدَّرَ إِخْرَاجَهُ بِدُونِ هَدْمِ بَعْضِهَا أَوْ أَدْخَلَتْ بِهِيمَةً غَيْرَهُ رَأْسَهَا فِي قِدْرِهِ أَوْ وَقَعَ دِينَارٌ غَيْرِهِ فِي مِحْبَرَتِهِ وَتَعَدَّرَ إِخْرَاجَهُ بِدُونِ الْكُسْرِ وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ بِتَفْرِيطٍ أَحَدٍ فَهَلِمَتْ الدَّارُ وَكُسِرَتِ الْقِدْرُ أَوْ الْمَحْبَرَةُ فَالضَّمَانُ عَلَى صَاحِبِ الْحَيَوَانِ وَالْدِّينَارِ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَمَلَ السَّيْلُ إِلَى أَرْضِهِ غَرَسَ غَيْرَهُ فَنَبَتَ فِيهَا فَقَلَعَهُ مَالِكُهُ فَعَلَيْهِ تَسْوِيَةُ حَقَرِهِ. وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى أَرْضًا فَعَرَسَهَا ثُمَّ أَفْلَسَ وَرَجَعَ فِيهَا الْبَائِعُ وَاخْتَارَ الْمُفْلِسُ وَالْغَرَمَاءُ الْقَلْعَ فَعَلَيْهِمْ تَسْوِيَةُ الْحَقْرِ وَضَمَانُ أَرْضِ النَّقْصِ لِأَنَّهُ نَقْصٌ حَصَلَ بِفِعْلِهِمْ فِي مِلْكِ الْبَائِعِ لِيُخْلَصَ مِلْكُهُمْ مِنْهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ غَصَبَ فَصِيلًا وَأَدْخَلَهُ دَارَهُ وَكَبَّرَ وَتَعَدَّرَ إِخْرَاجَهُ بِدُونِ هَدْمِهَا فَإِنَّهَا تُهْدَمُ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ لِتَفْرِيطِهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا غَصَبَ غَرَامًا وَغَرَسَهُ فِي أَرْضِهِ فَإِنَّهُ يَقْلَعُ وَلَا

يُضْمَنُ حَقْرَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ ثُمَّ طَلَبَ قَلْعَ صِبْغِهِ وَقُلْنَا: يَمْلِكُهُ فَعَلَيْهِ نَقْصُ الثَّوبِ بِذَلِكَ
كَمَا لَوْ غَرَسَ الْأَرْضَ الَّتِي غَصَبَهَا ثُمَّ قَلَعَ غَرْسَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِلْغُرَاسِ ثُمَّ أَخَذَ غَرْسَهُ فَإِنْ كَانَ قَدْ شَرَطَ عَلَيْهِ الْقَلْعَ فَلَا يُلْزَمُهُ
ضَمَانُ النَّقْصِ بِذَلِكَ وَلَا تَسْوِيَةُ الْحَقْرِ لِأَنَّ الْمَالِكَ رَضِيَ بِذَلِكَ بِاشْتِرَاطِهِ [لَهُ] وَإِنْ لَمْ
يَشْتَرِطْ عَلَيْهِ الْقَلْعَ فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يُلْزَمُهُ أَيْضًا قَالَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ لِأَنَّ الْإِعَارَةَ مَعَ الْعِلْمِ بِجَوَازِ الْقَلْعِ
رِضَاءٌ بِمَا يَنْشَأُ عَنْهُ مِنَ الْحَقْرِ.

وَالثَّانِي: يُلْزَمُهُ ذَلِكَ وَبِهِ جَزَمَ صَاحِبُ الْكَافِي لِأَنَّهُ قَلَعَ بِاخْتِيَارِهِ حَيْثُ لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ فَقَدْ
أَدْخَلَ النَّقْصَ عَلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ لِاسْتِصْلَاحِ مَالِهِ وَعَلَى هَذَا فَلَوْ طَلَبَ مِنْهُ الْمَالِكُ الْقَلْعَ وَبَدَلَ
أَرْضَ النَّقْصِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يُلْزَمُهُ التَّسْوِيَةُ لِأَنَّ الْقَلْعَ بِأَمْرِ الْمَالِكِ مَعَ أَنَّ كَلَامَ ابْنِ عَقِيلٍ وَغَيْرِهِ
يُشْعِرُ بِخِلَافِ ذَلِكَ فَأَمَّا الْإِعَارَةُ لِلزَّرْعِ إِذَا كَانَ عُرُوقُهُ الثَّابِتَةُ تَضُرُّ بِالْأَرْضِ فَقَدْ يُقَالُ يَجِبُ
تَقْلَعُهَا وَتَسْوِيَةُ الْحَقْرِ لِأَنَّ الزَّرْعَ يُجْبَرُ عَلَى تَفْرِيعِ الْأَرْضِ مِنْهُ بِخِلَافِ الْغُرْسِ وَقَدْ يُقَالُ: لَا
يَجِبُ لِأَنَّ الْإِذْنَ فِيهِ مَعَ الْعِلْمِ بِأَنَّهُ لَا يَبْقَى رِضًا بِمَا يَنْشَأُ مِنْ قَلْعِهِ الْمُعْتَادِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَجَرَهُ أَرْضًا لِلْغُرَاسِ وَانْقَضَتِ الْمُدَّةُ كَانَ الْقَلْعُ مَشْرُوطًا عِنْدَ انْقِضَائِهَا فَلَا
ضَمَانَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَشْرُوطًا فَفِيهِ الْوَجْهَانِ أَيْضًا وَلَمْ يَحْكُ صَاحِبُ الْكَافِي فِي الضَّمَانِ
خِلَافًا وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ وَعَلَّلَ بِأَنَّهُ قَلَعَ غَرْسَهُ مِنْ أَرْضٍ غَيْرِهِ الَّتِي لَا
يَذَلُّ عَلَيْهَا بِغَيْرِ أَمْرِهِ، وَجَزَمَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ بِعَدَمِ الضَّمَانِ، وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ خِلَافًا وَعَلَّلَ
بِأَنَّ الْمَالِكَ دَخَلَ عَلَى ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: إِذَا غَرَسَ الْمُشْتَرِي فِي الْأَرْضِ ثُمَّ انْتَزَعَهَا الشَّقِيعُ فَقَلَعَ الْمُشْتَرِي غَرْسَهُ فَفِيهِ
وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: عَلَيْهِ تَسْوِيَةُ الْحَقْرِ وَضَمَانُ النَّقْصِ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ لِأَنَّ قَلْعَهُ فِي مِلْكٍ
غَيْرِهِ لِتَخْلِيصِ مِلْكِهِ.

وَالثَّانِي: لَا يُلْزَمُهُ ذَلِكَ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَبِهِ جَزَمَ فِي الْكَافِي مُعَلَّلًا بِإِنْتِفَاءِ عُدْوَانِهِ مَعَ أَنَّهُ
جَزَمَ فِي بَابِ الْعَارِيَّةِ بِخِلَافِهِ وَالْقَاضِي إِنَّمَا عَلَّلَهُ بِأَنَّهُ مِلْكٌ نَفْسِهِ مِنْ مِلْكٍ نَفْسِهِ وَهَذَا إِنَّمَا
يَكُونُ إِذَا قَلَعَ قَبْلَ تَمَلُّكِ الشَّقِيعِ لَا بَعْدَهُ.

القاعدة التاسعة والسبعون:

الزَّرْعُ النَّابِتُ فِي أَرْضٍ غَيْرِ غَيْرِ إِذْنٍ صَحِيحٍ أَقْسَامُ:

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: أَنْ يَزْرَعَ عُدُونًا مَحْضًا غَيْرَ مُسْتَنَدٍ إِلَى إِذْنٍ بِالْكُلِّيَّةِ^(١)، وَهُوَ زَرْعُ الْغَاصِبِ فَالْمَذْهَبُ أَنَّ الْمَالِكَ إِنْ أَدْرَكَهُ نَابِتًا فِي الْأَرْضِ فَلَهُ تَمْلُكُهُ بِنَفَقَتِهِ أَوْ بِقِيَمَتِهِ عَلَى اخْتِلَافِ الرَّوَايَتَيْنِ، وَإِنْ أَدْرَكَهُ قَدْ حَصَدَ فَلَا حَقَّ لَهُ فِيهِ، وَنَقَلَ حَرْبٌ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ لَهُ تَمْلُكُهُ أَيْضًا، وَوَهُم أَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّ نَاقِلُهَا عَلَى أَنَّ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ رَجَّحَهَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الزَّرْعَ نَبَتَ عَلَى مِلْكِ مَالِكِ الْأَرْضِ ابْتِدَاءً وَالْمَعْرُوفُ فِي الْمَذْهَبِ خِلَافُهُ وَالْمُعْتَمَدُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ فِي الْمَسْأَلَةِ هُوَ حَدِيثُ رَافِعِ بْنِ خَلِيدٍ، وَقَدْ احْتَجَّ بِهِ أَحْمَدُ تَارَةً، وَقَالَ تَارَةً مَا أَرَاهُ مَحْفُوظًا وَذَكَرَ فِيهِ حَدِيثًا آخَرَ مُرْسَلًا مِنْ مَرَايِلِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ ابْنِ الْحَنَفِيَّةِ، وَقَالَ هُوَ شَيْءٌ لَا يُوَافِقُ الْقِيَاسَ وَفَرَّقَ بَيْنَ زَرْعِ الْغَاصِبِ وَغَرْسِهِ حَيْثُ يَقْلَعُ غَرْسُهُ كَمَا دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»^(٢). فَإِنَّ الزَّرْعَ يَنْتَلِفُ بِالْقَلْعِ فَقْلَعُهُ فَسَادٌ بِخِلَافِ الْغَرْسِ وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَرَّرَ مُوَافَقَتَهُ لِلْقِيَاسِ بِأَنَّ الْمُتَوَلَّدَ بَيْنَ ابْنَيْنِ مَمْلُوكَيْنِ مِنَ الْأَدَمِيِّينَ يَكُونُ مِلْكًا لِمَالِكِ الْأُمِّ دُونَ مَالِكِ الْأَبِ بِالِاتِّفَاقِ مَعَ كَوْنِهِ مَخْلُوقًا مِنْ مَائِهِمَا وَيَطْوُنُ الْأُمّهَاتُ بِمَنْزِلَةِ الْأَرْضِ وَمَاءُ الْفُحُولِ بِمَنْزِلَةِ الْبَذْرِ، وَلِهَذَا سَمِيَ النِّسَاءَ حَرْثًا^(٣). «وَلَعَنَ النَّبِيُّ ﷺ مَنْ سَقَى مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ»^(٤)، فَجَعَلَ الْوَلَدَ زَرْعًا وَهُوَ لِمَالِكِ أُمِّهِ وَسِرُّ ذَلِكَ أَنَّ الْحَيَوَانَ يَنْعَقِدُ مِنَ الْمَاءِ ثُمَّ مِنْ دَمِ الْمَرْأَةِ فَكَثُرَ أَجْزَائِهِ مَخْلُوقَةٌ مِنَ الْأُمِّ كَذَلِكَ الْبَذْرُ يَنْحَلُّ فِي الْأَرْضِ وَيَنْعَقِدُ الزَّرْعُ مِنَ الثَّرْبَةِ وَالْحَبَّةِ ثُمَّ يَنْغَدَى مِنَ الْأَرْضِ وَمَائِهَا وَهَوَائِهَا فَتَنْصِيرُ أَكْثَرَ أَجْزَائِهِ مِنَ الْأَرْضِ وَإِنَّمَا خَيْرُ مَالِكِ الْأَرْضِ بَيْنَ تَمْلُكِهِ وَبَيْنَ اخْتِذِ الْأَجْرَةِ لِأَنَّهُ قَابِلٌ لَاسْتِيفَائِهِ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ بِخِلَافِ الْإِبْلَادِ وَجَبَّ حَقُّ صَاحِبِ الْبَذْرِ بِإِعْطَائِهِ قِيَمَةَ بَذْرِهِ وَنَفَقَةَ عَمَلِهِ حَيْثُ كَانَ مُتَقَوِّمًا بِخِلَافِ مَا يُخْلَقُ مِنْهُ الْوَلَدُ فَإِنَّهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ فَلِذَلِكَ لَمْ يَجِبْ لِأَحَدِ الْابْنَيْنِ شَيْءٌ وَهَذَا مُطَرَّدٌ فِي جَمِيعِ الْمُتَوَلَّدَاتِ بَيْنَ شَيْئَيْنِ فِي الْحَيَوَانَ وَالنَّبَاتِ وَالْمَعْدِنِ حَتَّى لَوْ أَلْقَى رَجُلٌ فِي أَرْضِ رَجُلٍ

(١) قال الخطابي: يؤمر بقلعه إلا أن يرضى صاحب الأرض بتركه. عون المعبود (٢٢٧/٨).

(٢) أخرجه البخاري بلفظ «ليس لذي عرق السهو حق» فتح الباري (١٩/٥) ح (٢٢٠٩)، وفي عون المعبود (١٩١/٩)، والهيثمي في الجمع (٢٠٤/٤)، والبيهقي في السنن الكبرى ح (١١٣/٧) (٩٩/٦).

(٣) في قوله تعالى: ﴿نَسَاكُمْ حَرْثَ لَكُمْ﴾.

(٤) حيث قال ﷺ: «لا يحل لأمرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماءه زرع غيره»، أخرجه أبو داود والترمذي وصححه ابن حبان وحسنه البزار، سبل السلام (٢٠٧/٣).

شَيْئًا مِمَّا تُنْبِتُ الْمَعَادِنَ لَكَانَ الْخَارِجُ مِنْهُ لِرَبِّ الْأَرْضِ كَالْتَّاجِ وَالزَّرْعُ وَهَذِهِ الطَّرِيقَةُ سَلَكَهَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَهَذَا مُلَخَّصٌ مِنْ كَلَامِهِ.

الْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ يُؤْذَنَ لَهُ فِي زَرْعِ شَيْءٍ فَيَزْرَعُ مَا ضَرَرَهُ أَعْظَمُ مِنْهُ كَمَنْ اسْتَأْجَرَ لَزَرَ شَعِيرٍ فَزَرَعَ ذُرَّةً أَوْ دُخْنًا فَحُكْمُهُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ حُكْمُ الْغَاصِبِ لِتَعَدِّيهِ بَزْرَعِهِ فَإِنَّهُ غَيْرُ مُسْتَنَدٍ إِلَى إِذْنٍ وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ عَلَيْهِ ضَمَانُ أَجْرَةِ الْمِثْلِ لِلزِّيَادَةِ وَلَمْ يَذْكُرْ تَمَلُّكَ فَإِنَّ هَذَا الزَّرْعُ بَعْضُهُ مَأْدُونٌ فِيهِ وَهُوَ قَدَرُ ضَرَرِ الْمُسْتَأْجِرِ لَهُ وَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ غَيْرُ مَأْدُونٍ فِيهَا، وَهِيَ غَيْرُ مُتَمَيِّزَةٍ فَكَيْفَ يَتَمَلَّكُ الْمُؤْجَرُ الزَّرْعَ كُلَّهُ. وَقَدْ يَنْبِي ذَٰلِكَ عَلَى اخْتِلَافِ الْوَجْهَيْنِ فِي قَدَرِ الْوَاجِبِ مِنَ الْأَجْرَةِ هَلْ هُوَ الْأَجْرَةُ الْمُسَمَّاةُ مَعَ تَفَاوُتِ مَا بَيْنَ الْأَجْرَتَيْنِ مِنْ أَجْرَةِ الْمِثْلِ أَمْ الْوَاجِبُ أَجْرَةُ الْمِثْلِ لِلْجَمِيعِ حَيْثُ تَمَحَّضَ عُدْوَانٌ؟ وَالْمَنْصُوصُ الْأَوَّلُ وَهُوَ قَوْلُ الْخُرَقِيِّ، وَالْقَاضِي. وَالثَّانِي: اخْتِيَارُ ابْنِ عَقِيلٍ وَافْتِتَاحُ الْقَاضِي عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَكَلَامُهُ فِي التَّنْبِيهِ مُوَافِقٌ لِلْوَجْهِ الْأَوَّلِ لَا يَتَوَجَّهُ أَنْ يَتَمَلَّكُ الْمُؤْجَرُ الزَّرْعَ كُلَّهُ وَعَلَى الثَّانِي يَتَوَجَّهُ ذَٰلِكَ فَكَيْفَ جَزَمَ الْقَاضِي بِتَمَلُّكِهِ مَعَ اخْتِيَارِهِ لِلْوَجْهِ الْأَوَّلِ فِي الضَّمَانِ. وَلَوْ اسْتَأْجَرَ لِلزَّرْعِ مَدَّةً مُعَيَّنَةً فَزَرَعَ فِيهَا مَا لَا تَنْتَاهِي فِي تِلْكَ الْمَدَّةِ ثُمَّ انْقَضَتْ فَقَالَ الْأَصْحَابُ: حُكْمُهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمَدَّةِ حُكْمُ زَرْعِ الْغَاصِبِ لِلْعُدْوَانِ، ثُمَّ إِنَّ الْقَاضِي وَأَبْنَ عَقِيلٍ قَالَا: عَلَيْهِ تَفْرِيعُ الْأَرْضِ بَعْدَ الْمَدَّةِ وَلَيْسَ بِجَارٍ عَلَى قَوَاعِدِ الْمَذْهَبِ فَإِنَّمَا الْمَالِكُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ تَمَلُّكِهِ وَتَرْكِهِ بِالْأَجْرَةِ فَمَا الْقُلْعُ فَلَا.

الْقِسْمُ الثَّالِثُ: أَنْ يَزْرَعَ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ مِمَّنْ لَهُ وَلَايَةُ الْعَقْدِ كَالْمَالِكِ [وَالْوَكِيلِ] وَالْوَصِيِّ وَالتَّائِظِ إِمَّا بِمُزَارَعَةٍ فَاسِدَةٍ أَوْ بِإِجَارَةٍ فَاسِدَةٍ. فَقَالَ الْأَصْحَابُ الزَّرْعُ لِمَنْ زَرَعَهُ وَعَلَيْهِ لِرَبِّ الْأَرْضِ أَجْرَةٌ مِثْلُهُ. وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةِ حَرْبٍ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَلَكِنَّمَا رَوَايَةُ حَرْبٍ فِي الْعَرَسِ. وَذَكَرَهُ الْخُرَقِيُّ أَيْضًا فِي الْمُزَارَعَةِ الْفَاسِدَةِ لِأَنَّ الزَّرْعَ هُنَا اسْتَنَدَ إِلَى إِذْنٍ مِنْ لَهُ الْإِذْنُ فَلَا يَكُونُ عُدْوَانًا وَيَحْتَمِلُ أَنَّ هَذَا التَّفْرِيقَ بَيْنَ إِذْنِ الْمَالِكِ وَمَنْ يَتَصَرَّفُ لِعَيْرِهِ بِطَرِيقِ الْمَصْلَحَةِ كَالْوَصِيِّ فَلَا يُعْتَبَرُ إِذْنُهُ لِإِنْتِفَاءِ الْمَصْلَحَةِ فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ وَيَحْتَمِلُ أَيْضًا التَّفْرِيقَ بَيْنَ عَقُودِ الْمَلِكِ كَالْبَيْعِ وَعَقُودِ التَّصَرُّفِ بِالْإِذْنِ كَالْمُزَارَعَةِ لِأَنَّ عَقُودَ الْمَلِكِ وَقَعَ الْعَقْدُ فِيهَا عَلَى الْمَلِكِ دُونَ الْإِذْنِ وَلِهَذَا لَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ بِخِلَافِ عَقُودِ التَّصَرُّفِ فَإِنَّ الْإِذْنَ مَوْجُودٌ فِي صَحِيحِهَا وَفَاسِدِهَا وَلِذَلِكَ صَحَّحْنَا التَّصَرُّفَ فِي فَاسِدِهَا وَقَدْ وَرَدَ فِي ذَٰلِكَ حَدِيثٌ مُرْسَلٌ مِنْ طَرِيقِ الْأَوْزَاعِيِّ عَنْ

وَأَصِلَ بْنِ أَبِي جَمِيلٍ عَنْ مُجَاهِدٍ، عَنْ «أَرْبَعَةِ اشْتَرَكُوا فِي زَرْعٍ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ أَحَدُهُمْ: فَبِلِي الْأَرْضِ، وَقَالَ الْآخَرُ: فَبِلِي الْفَدَنِ، وَقَالَ الْآخَرُ: فَبِلِي الْبَذْرِ، وَقَالَ الْآخَرُ: عَلَيَّ الْعَمَلُ. فَلَمَّا أُسْتُحْصِدَ الزَّرْعُ تَفَاتَوْا فِيهِ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَجَعَلَ الزَّرْعَ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ وَالْغَى صَاحِبَ الْأَرْضِ وَجَعَلَ لِصَاحِبِ الْعَمَلِ دِرْهَمًا كُلَّ يَوْمٍ، وَجَعَلَ لِصَاحِبِ الْفَدَنِ شَيْئًا مَعْلُومًا»، وَقَدْ أَنْكَرَ أَحْمَدُ هَذَا الْحَدِيثَ ^(١) قَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ: لَا يَصِحُّ وَالْعَمَلُ عَلَى غَيْرِهِ. وَقَالَ أَبُو دَاوُدَ: سَمِعْتُ أَحْمَدَ ذَكَرَ هَذَا الْحَدِيثَ، قَالَ: هُوَ مُتَّكِرٌ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ الزَّرْعَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ، وَفِي هَذَا الْحَدِيثِ جَعَلَ الزَّرْعَ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ، وَهَذَا الْكَلَامُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْعَمَلَ عِنْدَ الْإِمَامِ أَحْمَدَ عَلَى أَنَّ يَكُونَ الزَّرْعُ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ وَالْمُزَارَعَةِ الْفَاسِدَةِ. وَقَالَ فِي رِوَايَةِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ: الْحَدِيثُ حَدِيثُ أَبِي جَعْفَرٍ الْخَطْمِيِّ يُشِيرُ إِلَى مَا رَوَاهُ أَبُو جَعْفَرٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ. قَالَ: قَالَ: كَانَ ابْنُ عُمَرَ لَا يَرَى بِهَا يَعْنِي الْمُزَارَعَةَ بَأْسًا حَتَّى بَلَغَهُ عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ حَدِيثٌ فَلَقِيَهُ فَقَالَ رَافِعٌ: أَتَى النَّبِيَّ ﷺ بَنِي حَارِثَةَ فَرَأَى زَرْعًا، فَقَالَ: «مَا أَحْسَنَ زَرْعَ ظَهْرٍ، أَلَيْسَ أَرْضُ ظَهْرٍ؟» قَالُوا: بَلَى، وَلَكِنَّهُ أَرْزَعَهَا، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «خُذُوا زَرْعَكُمْ وَرُدُّوا عَلَيْهِ نَفَقَتَهُ» أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ وَالنَّسَائِيُّ ^(٢) وَالْأَبِيُّ دَاوُدَ مَعْنَاهُ فِي حَدِيثِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي أَنْعَمَ عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ وَالدَّارِقُطَنِيِّ نَحْوَهُ مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ، وَلَابْنِ عَدِيٍّ مَعْنَاهُ مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ وَفِيهِمَا ضَعْفٌ، وَكُلُّ هَذِهِ وَارِدَةٌ فِي الْمُزَارَعَةِ الْفَاسِدَةِ لَا فِي الْغَصْبِ وَقَدْ رَجَّحَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ حَدِيثَ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَى حَدِيثِ أَبِي إِسْحَاقَ عَنْ عَطَاءٍ عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ فِيمَنْ زَرَ فِي أَرْضٍ قَوْمٌ بِغَيْرِ فَرْحٍ، وَقَالَ الْحَدِيثُ: حَدِيثُ أَبِي جَعْفَرٍ وَقَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ أَبُو إِسْحَاقَ زَادَ فِيهِ زَرْعٌ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَلَيْسَ غَيْرُهُ يَذْكُرُ هَذَا الْحَرْفَ فَقَدْ بَيَّنَّ أَنَّ التَّمْلِكَ بِالتَّقَةِ إِذَا يَثْبُتُ عِنْدَهُ فِي الْمُزَارَعَةِ الْفَاسِدَةِ أَنَّ يَتَمَلَّكَ الزَّرْعَ فِيهَا مَعَ ثُبُوتِ الْحَدِيثِ فِيهَا بِخُصُوصِيَّتِهَا دُونَ الْغَصْبِ لَا سِيمَا وَقَدْ أَنْكَرَ حَدِيثَ جَعَلَ الزَّرْعَ لِرَبِّ الْبَذْرِ وَصَرَّحَ بِأَنَّ الْعَمَلَ عَلَى غَيْرِهِ. وَقَدْ خَرَجَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَجْهًا فِي الْمُزَارَعَةِ الْفَاسِدَةِ أَنَّهَا تَتَمَلَّكَ بِالتَّقَةِ مِنْ زَرْعِ الْغَاصِبِ وَقَدْ رَأَيْتُ أَنَّ كَلَامَ أَحْمَدَ إِذَا يَدُلُّ عَلَيْهِ لَا عَلَى خِلَافِهِ.

الْقِسْمُ الرَّابِعُ: أَنَّ يَزْرَعُ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ بِعَقْدٍ مِمَّنْ يَظُنُّ أَنَّ لَهُ وَلَايَةَ الْعَقْدِ ثُمَّ تَبَيَّنَ بِخِلَافِهِ

(١) هذا الحديث في مصنف ابن أبي شيبة ح (٢٢٥٦٣) (٤/٥٠٤).

(٢) سنن النسائي. المجتبى (٤٠/٧) ح (٣٨٨٩)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٥/٣) ح (٤٦١٦).

مِثْلُ أَنْ تَبَيِّنَ الْأَرْضُ مُسْتَحَقَّةً لِلْغَيْرِ فَالْمَنْصُوصُ أَنَّ لِمَالِكِ الْأَرْضِ تَمَلُّكُهُ بِالْتَّقَةِ أَيْضًا نَقْلَهُ عَنْهُ الْأَثَرُ وَإِبْرَاهِيمُ بْنُ الْحَارِثِ.

وَمِنْهَا: وَهَذَا مُتَوَجِّهٌ عَلَى قَوْلِ الْقَاضِي وَمَنْ وَافَقَهُ أَنَّ غَرَسَهُ وَبَنَاءَهُ كَغَرَسِ الْغَاصِبِ وَبَنَائِهِ، وَأَمَّا عَلَى الْمَنْصُوصِ هُنَا أَنَّ غَرَسَهُ وَبَنَاءَهُ مُحْتَرَمٌ كَغَرَسِ الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ وَبَنَائِهِمَا فَيَتَوَجَّهُ عَلَى هَذَا أَنْ يَكُونَ الزَّرْعُ لِمَالِكِهِ وَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ وَيَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْغَاصِبِ لِتَقْدِيرِهِ، وَمِثْلُ ذَلِكَ أَفْتَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ لَكُنْهُ جَعَلَ الزَّرْعَ بَيْنَ الْمَالِكِ وَالْمُزَارِعِ نِصْفَيْنِ بَنَاءً عَلَى أَصْلِهِ فِي إِجَارِ الْغَاصِبِ بِالْمَالِ أَنَّ الرِّبْحَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَالِكِ وَطَرَدَهُ أَنْ يَكُونَ زَرْعُ الْغَاصِبِ كَذَلِكَ وَلَكِنْ لَا نَعْلَمُ بِهِ قَائِلًا، ثُمَّ وَجَدْنَا ابْنَ أَبِي لَيْلَى يَقُولُ بِذَلِكَ فِي زَرْعِ الْغَاصِبِ. وَفِي أَجْرَةِ مَا بَنَاهُ فِي الْأَرْضِ الْمَنْصُوبَةِ وَقَدْ وَافَقَهُ أَحْمَدُ عَلَى أَجْرَةِ الْبِنَاءِ خَاصَّةً. وَيَشْهَدُ لِهَذَا الْوَجْهِ أَنَّ الزَّرْعَ النَّابِتُ فِي أَرْضِ الْغَيْرِ مِمَّا حَمَلَهُ السَّيْلُ لِمَالِكِهِ مُبْقَى هُنَا بِالْأَجْرَةِ لِحُصُولِهِ مِنْ غَيْرِ عُدْوَانٍ وَلَا تَفْرِيطٍ، وَإِنْ كَانَ الْإِذْنُ مُتَّفِقًا وَهَهُنَا مِثْلُهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَمَلَّكَ مَالِكُ الْأَرْضِ أَيْضًا كَالْمَزْرُوعِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ عَلَى مَا دَلَّ عَلَيْهِ كَلَامُ أَحْمَدَ وَلَيْسَ الْأَمْتِنَاعُ مِنْ قَلْعِ الْغَرَسِ مَجَانًا مُنَافِيًا لِتَمَلُّكِ الزَّرْعِ فَإِنَّ الْمَانِعَ مِنَ الْقَلْعِ إِدْخَالُ الضَّرَرِ عَلَى مَالِكِ الْغُرَاسِ بِالتَّقْصِ وَهُوَ مَعْدُورٌ لَغَرَرِهِ وَهُوَ يَتَعَدَّرُ عَلَيْهِ الرُّجُوعُ عَلَى الْغَاصِبِ وَالْمُقْتَضِي لِتَمَلُّكِ الزَّرْعِ هُوَ انْتِفَاءُ الْإِذْنِ الصَّحِيحِ وَهُوَ مُوجُودٌ هُنَا وَلِهَذَا يَتَمَلَّكُ غِرَاسَهُ وَإِنْ قِيلَ بِاخْتِرَامِهِ.

الْقِسْمُ الْخَامِسُ: أَنْ يَزْرَعَ فِي أَرْضٍ يَمْلِكُ لَهَا أَوْ بِإِذْنِ مَالِكِهَا ثُمَّ يَنْتَقِلُ مِلْكُهَا إِلَى غَيْرِهِ وَالزَّرْعُ قَائِمٌ فِيهَا، وَهُوَ نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَنْتَقِلَ مِلْكُ الْأَرْضِ دُونَ مَنَفَعَتِهَا الْمَشْغُولَةِ بِالزَّرْعِ فِي بَقِيَّةِ مُدَّتِهِ فَالزَّرْعُ لِمَالِكِهِ وَلَا أَجْرَةَ عَلَيْهِ بِسَبَبِ تَجَدُّدِ الْمِلْكِ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ. وَيَدْخُلُ تَحْتَ هَذَا مَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا مِنْ مَالِكِهَا وَزَرَعَهَا ثُمَّ مَاتَ الْمُؤَجَّرُ وَانْتَقَلَتْ إِلَى وَرَثَتِهِ. وَمَنْ اشْتَرَى أَرْضًا فَزَرَعَهَا ثُمَّ أَفْلَسَ فَإِنَّ لِلْبَائِعِ الرُّجُوعَ فِي الْأَرْضِ وَالزَّرْعِ لِلْمُفْلِسِ. وَمَنْ أَصْدَقَ أَمْرَاتُهُ أَرْضًا فَزَرَعَهَا ثُمَّ طَلَقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَالزَّرْعُ قَائِمٌ وَقُلْنَا: لَهُ الرُّجُوعُ فَإِنَّ الزَّرْعَ مُبْقَى بِغَيْرِ أَجْرَةٍ إِلَى أَوَانِ أَخْذِهِ وَكَذَلِكَ حُكْمُ مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضٍ يَمْلِكُهَا ثُمَّ انْتَقَلَتْ إِلَى غَيْرِهِ بِبَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ يَكُونُ الزَّرْعُ بِغَيْرِ أَجْرَةٍ مُبْقَى فِيهَا إِلَى أَوَانِ أَخْذِهِ.

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: أَنْ تَنْتَقِلَ الْأَرْضُ بِجَمِيعِ مَنَافِعِهَا عَنْ مِلْكِ الْأَوَّلِ إِلَى غَيْرِهِ. وَمِنْ أَمْثِلَةِ

ذَلِكَ الْوَقْفُ إِذَا زَرَعَ فِيهِ أَهْلُ الْبَطْنِ الْأَوَّلُ أَوْ مَنْ أَجْرُوهُ ثُمَّ انْتَقَلَ إِلَى الْبَطْنِ الثَّانِي وَالزَّرْعُ قَائِمٌ، فَإِنْ قِيلَ إِنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَنْفَسُخُ وَلِلْبَطْنِ الثَّانِي حَصَّتْهُمْ مِنَ الْأَجْرَةِ فَالزَّرْعُ مُبْقَى لِمَالِكِهِ بِالْأَجْرَةِ السَّائِقَةِ، وَإِنْ قِيلَ: بِالْإِنْفِسَاخِ وَهُوَ الْمَذْهَبُ الصَّحِيحُ فَهُوَ كَزَرْعِ الْمُسْتَأْجِرِ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ إِذَا كَانَ بَقَاؤُهُ يَغْيِرُ تَقْرِيطُ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ فَتَبْقَى بِالْأَجْرَةِ إِلَى أَوَانِ أَخْذِهِ. وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةٍ مَهْنًا فِي مَسْأَلَةِ الْإِجَارَةِ الْمُتَقْضِيَةِ وَأَفْتَى بِهِ فِي الْوَقْفِ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَأَفْتَى مَرَّةً أُخْرَى بِأَنَّهُ يُجْعَلُ مُزَارَعَةٌ بَيْنَ الْمُزَارِعِ وَرَبِّ الْأَرْضِ لِنُموهِ مِنْ أَرْضٍ أَحَدِهِمَا وَيَذَرِ الْآخَرَ، وَكَذَلِكَ أَفْتَى فِي الْأَقْطَاعِ الْمَزْرُوعَةِ إِذَا انْتَقَلَتْ إِلَى مَقْطَعٍ آخَرَ وَالزَّرْعُ قَائِمٌ فِيهَا.

وَمِنْهَا: الشَّقِيعُ إِذَا انْتَزَعَ الْأَرْضَ وَفِيهَا زَرْعٌ لِلْمُشْتَرِي فَهُوَ مُحْتَرَمٌ وَهَلْ يَسْتَحِقُّ أَجْرَةَ الْمِثْلِ عَلَى الْمُشْتَرِي؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْمُغْنِي وَالْتَلْخِصِ وَقَالَ أَبُو الْبَرَكَاتِ فِي تَعْلِيلِهِ عَلَى الْهَدَايَةِ هُوَ أَصَحُّ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِنَا إِنْ حَاقَّ لَهُ بِبَيْعِ الْأَرْضِ الْمَزْرُوعَةِ فَإِنَّ الْأَخْذَ بِالشَّقِيعَةِ نَوْعٌ يَبِيعُ قَهْرِيٌّ.

وَالثَّانِي: لَهُ الْأَجْرَةُ مِنْ حِينَ أَخْذِهِ ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ، وَهُوَ أَظْهَرُ لِأَنَّ حَقَّ الشَّقِيعِ فِي الْعَيْنِ وَالْمَنْفَعَةِ جَمِيعًا لَوْ قُوعَ الْعَقْدِ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا وَفِي تَرْكِ الزَّرْعِ مَجَانًا تَقَوُّتْ لِحَقُّهُ مِنَ الْمَنْفَعَةِ بِغَيْرِ عَوْضٍ فَلَا يَجُوزُ.

الْقِسْمُ السَّادِسُ: حَمَلَ السَّيْلُ بَذَرَ إِنْسَانٍ إِلَى أَرْضٍ غَيْرِهِ فَتَبَتَ فِيهَا فَهَلْ يَلْحَقُ بِزَرْعِ الْغَاصِبِ لِانْتِفَاءِ الْإِذْنِ مِنَ الْمَالِكِ فَيَمْلِكُ بِقِيَمَتِهِ أَوْ بِزَرْعِ الْمُسْتَعِيرِ أَوْ الْمُسْتَأْجِرِ مِنْ بَعْدِ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ لِانْتِفَاءِ الْعُدْوَانِ مِنْ صَاحِبِ الْبَذَرِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، أَشْهَرُهُمَا أَنَّهُ كَزَرْعِ الْمُسْتَعِيرِ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي وَأَبْنِ أَبِي الْحُسَيْنِ وَأَبْنِ عَقِيلٍ وَذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ عَنْ أَحْمَدَ لَكِنْ هَلْ يَتْرَكَ فِي الْأَرْضِ مَجَانًا أَمْ بِأَجْرَةٍ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَتْرَكَ مَجَانًا قَالَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ لِأَنَّهُ وَإِنْ انْتَفَى عَنْهُ إِذْنُ الْمَلِكِ فَقَدْ انْتَفَى عَنْهُ فِعْلُ الزَّارِعِ فَيَتَقَابَلَانِ وَلَئِنْ حَصَلَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ تَقْرِيطٍ فَهُوَ كَالْقَائِمِ فِي الْأَرْضِ الْمَيْعَةِ.

وَالثَّانِي: لَهُ الْأَجْرَةُ ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ عَنْ أَحْمَدَ لِأَنَّهُ زَرْعٌ حَصَلَ ابْتِدَاؤُهُ فِي أَرْضٍ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنٍ فَأَوْجَبَ الْأَجْرَةَ عَلَى الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ.

الْقِسْمُ السَّابِعُ: مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ بِإِذْنٍ غَيْرِ لَازِمٍ كَالْإِعَارَةِ ثُمَّ رَجَعَ الْمَالِكُ فَالزَّرْعُ مَبْقَى لِمَنْ زَرَعَهُ إِلَى أَوَّانٍ حَصَادِهِ بِغَيْرِ خِلَافٍ لَكِنْ هَلْ تَجِبُ عَلَيْهِ الْأَجْرَةُ مِنْ حِينِ الرُّجُوعِ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ أَشْهُرُهُمَا الْوُجُوبُ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ. وَالثَّانِي: انْتِفَاءُ لَأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى الْإِنْتِفَاعِ بِغَيْرِ عَوَضٍ، وَهُوَ اخْتِيَارُ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةٍ صَالِحٍ يَشْهَدُ لَهُ.

الْقِسْمُ الثَّامِنُ: مَنْ زَرَعَ فِي مِلْكِهِ الَّذِي مَنَعَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ لِحَقِّ غَيْرِهِ كَالرَّاهِنِ وَالْمُوجِرِ وَكَانَ ذَلِكَ يَضُرُّ بِالْمُسْتَأْجِرِ وَبِالْمُرْتَهِنِ لِتَنْقِصِهِ قِيَمَةَ الْأَرْضِ عِنْدَ حُلُولِ الدَّيْنِ فَهُوَ كَزَّرْعِ الْغَاصِبِ: وَكَذَلِكَ غِرَاسُهُ وَبِنَاؤُهُ فَيَقْلَعُ الْجَمِيعُ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَإِنَّمَا قُلِعَ الزَّرْعُ مِنْهُ لِأَنَّ مَالِكَ الْأَرْضِ هُنَا هُوَ الزَّارِعُ وَالْمُتَعَلِّقُ حَقُّهُ بِهَا لَا يُمْكِنُهُ تَمْلُكُهُ لِعَدَمِ مِلْكِهِ فَيَتَعَيَّنُ الْقُلْعُ وَفِيهِ نَظَرٌ أَمَّا فِي الرَّهْنِ فَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ نَقْصَ الْأَرْضِ يَنْجِرُ وَإِزَالَةُ الزَّرْعِ فَإِنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ نَمَاءِ الْأَرْضِ فَلَا يَجُوزُ قُلْعُهُ كَذَلِكَ مَعَ مَا فِيهِ مِنْ إِتْلَافٍ مَالِ الرَّاهِنِ، وَقَدْ صَرَحَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ بِأَنَّ الْغِرَاسَ الْحَادِثَ فِي الْأَرْضِ الْمَرْهُونَةِ بِنَفْسِهِ أَوْ بِفِعْلِ الرَّاهِنِ يَكُونُ رَهْنًا لِأَنَّهُ مِنْ نَمَائِهَا وَالزَّرْعُ مِثْلُهُ وَلَوْ قِيلَ: إِنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ فَيَجُوزُ أَنْ يُؤْخَذَ مِنَ الرَّاهِنِ أَجْرَةُ مِثْلِهِ أَوْ مَا نَقَصَ مِنْ قِيَمَةِ الْأَرْضِ بِسَبَبِهِ وَيُجْعَلُ رَهْنًا وَقَدْ وَقَعَ فِي كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ وَكَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ انْتِفَاعِ الرَّاهِنِ بِالرَّهْنِ بِإِذْنِ الْمُرتَهِنِ وَتُؤْخَذُ مِنْهُ الْأَجْرَةُ وَتُجْعَلُ رَهْنًا وَهَذَا فِي مَعْنَاهُ وَأَمَّا الْمُسْتَأْجِرُ وَلَا سِيَّمَا إِنْ كَانَ اسْتَأْجَرَ لِزَّرْعٍ فَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ لَهُ يَمْلِكُ الزَّرْعَ بِنَفَقَتِهِ إِذْ هُوَ مَالِكُ الْمَنْفَعَةِ قَدْ يُقَالُ مِثْلُهُ فِي الزَّرْعِ فِي أَرْضِ الْوَقْفِ إِنَّ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ يَتَمَلَّكُهُ بِالنَّفَقَةِ تَمْلُكُهُ مَنَفَعَةَ الْأَرْضِ وَيَحْمِلُ تَخْرِيجَ ذَلِكَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي تَمْلُكِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ لِلشُّقْعَةِ بِشَرِكَةِ الْوَقْفِ عَلَى طَرِيقٍ مِنْ عُلَلٍ ثُبُوتِ الشُّقْعَةِ بِكَوْنِهِ مَالِكًا وَانْتِفَاءُهَا بِتَصَوُّرِ مِلْكِهِ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا، وَكَذَا الْقَوْلُ فِي تَمْلُكِهِ لِلْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ وَعَلَى هَذَا يَتَخَرَّجُ مَا لَوْ غَصَبَ الْأَرْضَ [الْمُوصَى بِمَنَافِعِهَا] أَوْ الْمُسْتَأْجِرَ وَزَرَعَ فِيهَا فَهَلْ يَتَمَلَّكُ الزَّرْعَ مَالِكُ الرِّقَبَةِ أَوْ مَالِكُ الْمَنْفَعَةِ؟

* * *

القاعدة الثمانون:

مَا تَكَرَّرَ حَمْلُهُ مِنْ أَصُولِ الْبُقُولِ وَالْخَضِرَاوَاتِ هَلْ هُوَ مُلْحَقٌ بِالزَّرْعِ أَوْ بِالشَّجَرِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ وَيَنْبَي عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: هَلْ يَجُوزُ بَيْعُ هَذِهِ الْأَصُولِ مُفْرَدَةً أَمْ لَا؟ إِنَّ الْحَقْنَاهَا بِالشَّجَرِ لِتَكَرُّرِ حَمْلِهَا جَازٌ فِيهِ صَرَحَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي مَوْضِعٍ، وَفَرَّقَا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ بَيْنَ مَا يَبْقَى مِنْهَا سِنِينَ كَالْقُطْنِ الْحِجَازِيِّ فَيَجُوزُ بَيْعُ أَصُولِهِ، وَمَا لَا يَبْقَى إِلَّا سَنَةٌ وَنَحْوَهَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا إِلَّا بِشَرْطِ الْقَطْعِ إِلَّا أَنْ تَبَاعَ مَعَهُ الْأَرْضُ كَالزَّرْعِ وَرَجَّحَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ أَنَّ الْمَقَاتِي وَنَحْوَهَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا إِلَّا بِشَرْطِ الْقَطْعِ فَإِنَّهَا مَعَ أَصُولِهَا مُعْرَضَةٌ لِلآفَاتِ كَالزَّرْعِ وَهُوَ مُقْتَضَى كَلَامِ الْخِرَقِيِّ وَأَبْنِ أَبِي مُوسَى.

وَمِنْهَا: إِذَا بَاعَ الْأَرْضَ وَفِيهَا هَذِهِ الْأَصُولُ فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ كَالشَّجَرِ أَنْبَى عَلَى أَنَّ الشَّجَرَ هَلْ يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ مَعَ الْإِطْلَاقِ أَمْ لَا؟ وَفِيهِ وَجْهَانِ. وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ كَالزَّرْعِ لَمْ تَدْخُلْ فِي الْبَيْعِ وَجْهًا وَاحِدًا وَلِلْأَصْحَابِ فِي الْمَسْأَلَةِ أَيْضًا طَرِيقَانِ: إِحْدَاهُمَا: أَنَّ حُكْمَهَا حُكْمُ الشَّجَرِ فِي تَبْقِيَةِ الْأَرْضِ وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ عَقِيلٍ وَصَاحِبِ الْمُحَرَّرِ.

وَالثَّانِيَةُ: أَنَّهَا تَتَّبِعُ وَجْهًا وَاحِدًا بِخِلَافِ الشَّجَرِ لِأَنَّ تَبْقِيَتَهَا فِي الْأَرْضِ مُعْتَادٌ وَلَا يَقْصَدُ نَقْلُهَا وَتَحْوِيلُهَا فِيهَا كَالْمَنْبُذَاتِ وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي الْخَطَّابِ وَصَاحِبِ الْمُغْنِيِّ، وَعَلَى مَا فَرَّرْنَاهُ أَوَّلًا يُخْرَجُ فِيهَا طَرِيقَةُ ثَالِثَةٌ: أَنَّهَا لَا تَتَّبِعُ وَجْهًا وَاحِدًا كَالزَّرْعِ. وَمِنْهَا: إِذَا غَصَبَ أَرْضًا فَزَرَعَ فِيهَا مَا يَتَكَرَّرُ حَمْلُهُ فَإِنْ قِيلَ: هُوَ كَالشَّجَرِ فَلِلْمَالِكِ قَلْعُهُ مَجَانًّا وَإِنْ قِيلَ: هُوَ كَالزَّرْعِ فَلِلْمَالِكِ تَمْلُكُهُ بِالْقِيَمَةِ وَفِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَانِ مَذْكُورَانِ فِي الْمُغْنِيِّ.

وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى لُقْطَةً ظَاهِرَةً مِنْ هَذِهِ الْأَصُولِ فَتَلَفَتْ بِجَاحَةٍ قَبْلَ الْقَطْعِ فَإِنْ قِيلَ: حُكْمُهَا حُكْمُ ثَمَرِ الشَّجَرِ تَلَفَتْ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ، وَإِنْ قِيلَ: هِيَ كَالزَّرْعِ خُرِجَتْ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي إِجَاحَةِ الزَّرْعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ سَاقَى عَلَى هَذِهِ الْأَصُولِ فَإِنْ قِيلَ: هِيَ كَالشَّجَرِ صَحَّتِ الْمُسَاقَاةُ وَإِنْ قِيلَ: هِيَ كَالزَّرْعِ فَفِي مَزَارَعَةٍ.

* * *

القاعدة الحادية والثمانون:

النَّمَاءُ الْمُتَّصِلُ فِي الْأَعْيَانِ الْمَمْلُوكَةِ الْعَائِدَةِ إِلَى مَنْ انْتَقَلَ الْمِلْكُ عَنْهُ بِالْمَقْسُوحِ تَتَّبِعُ الْأَعْيَانَ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَتَّبِعُ وَهُوَ الَّذِي

ذَكَرَهُ الشَّيرَازِيُّ فِي الْمُبْهَجِ، وَلَمْ يَحْكُ فِيهِ خِلَافًا وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ عَقِيلٍ صَرَّحَ بِهِ فِي كِتَابِ الصَّدَاقِ وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَيَتَّبِعُ الْأَصْلَ فِي التَّوَثُّقِ وَالضَّمَانِ عَلَى الْمَشْهُورِ. وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الْمَرْدُودُ بِالْعَيْبِ إِذَا كَانَ قَدْ زَادَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً كَالسَّمَنِ وَتَعَلَّمَ صِنَاعَةً فَالْمَشْهُورُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْبَائِعِ تَبَعًا لِأَصْلِهَا وَلَا يَسْتَحِقُّ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ شَيْئًا وَخَرَجَ ابْنُ عَقِيلٍ بِأَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُشْتَرِي وَكَذَلِكَ قَالَ الشَّيرَازِيُّ وَزَادَ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ بِقِيَمَةِ النَّمَاءِ وَكَذَلِكَ ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ إِنْهَامَهُ مِنْ عُمُومِ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ إِذَا اشْتَرَى غَنَمًا فَنَمَتْ ثُمَّ اسْتَحَقَّتْ فَالنَّمَاءُ لَهُ، قَالَ: وَهَذَا يَعُمُّ الْمُنْفَصِلَ وَالْمُتَّصِلَ قُلْتُ: وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى الرَّجُوعِ بِقِيَمَةِ النَّمَاءِ الْمُنْفَصِلِ صَرِيحًا كَمَا قَالَ الشَّيرَازِيُّ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ فِيمَنْ اشْتَرَى سِلْعَةً فَنَمَتْ عِنْدَهُ وَكَانَ بِهَا دَاءٌ: فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي حَسَبَهَا وَرَجَعَ بِقَدْرِ الدَّوَاءِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَرَجَعَ عَلَيْهِ بِقَدْرِ النَّمَاءِ، وَتَأَوَّلَهَا الْقَاضِي عَلَى أَنَّ النَّمَاءَ الْمُنْفَصِلَ يَرُدُّه مَعَهَا وَهُوَ ظَاهِرُ الْفُسَادِ لِأَنَّ الضَّمِيرَ فِي قَوْلِهِ: رَجَعَ يَعُودُ إِلَى الْمُشْتَرِي وَفِي قَوْلِهِ: عَلَيْهِ يَعُودُ إِلَى الْبَائِعِ وَلَكِنَّمَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى [الْبَائِعِ بِقِيَمَةِ] النَّمَاءِ الْمُنْفَصِلِ، وَوَجْهُ الْإِجْبَارِ هُنَا عَلَى دَفْعِ الْقِيَمَةِ أَنَّ الْبَائِعَ قَدْ أُجْبِرَ عَلَى أَخْذِ سِلْعَتِهِ وَرَدِّ ثَمَنِهَا فَكَذَلِكَ نَمَائُهَا الْمُنْفَصِلُ بِهَا يَتَّبِعُهَا فِي حُكْمِهَا وَإِنْ لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الْعَقْدُ وَالْمَرْدُودُ بِالْإِقَالَةِ وَالْخِيَارِ يَتَوَجَّهُ فِيهِ مِثْلُ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يُقَالَ الْفَسْخُ لِلْخِيَارِ وَقَعَ لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ بِخِلَافِ الْعَيْبِ وَالْإِقَالَةِ وَقَدْ صَرَّحَ بِذَلِكَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي خِلَافِهِمَا وَفِيهِ بَعْدُ.

وَمِنْهَا: الْمَيْعُ إِذَا أَفْلَسَ مُشْتَرِيهِ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ وَوَجَدَهُ الْبَائِعُ قَدْ نَمَا نَمَاءً مُتَّصِلًا قَالَ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ: يَرْجِعُ بِهِ وَلَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ وَكَذَلِكَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ذَكَرَ الرَّجُوعَ وَهُوَ مَأْخُودٌ مِمَّا رَوَى الْمَيْمُونِيُّ وَإِسْحَاقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَحْمَدَ إِذَا زَادَتْ الْعَيْنُ أَوْ نَقَصَتْ يَرْجِعُ فِي الزِّيَادَةِ وَالنَّقْصَانِ، وَلَفْظُ رَوَايَةِ إِسْحَاقَ قِيلَ لَهُ: فَإِنْ كَانَ زَادَ أَوْ نَقَصَ يَوْمَ اشْتَرَاهُ قَالَ: هُوَ أَحَقُّ بِهِ زَادَ أَوْ نَقَصَ، وَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنْ يُرَادَ بِهِ زِيَادَةُ السَّعْرِ وَنَقْصَانُهُ وَإِنْ أُسْتَبْعِدَ ذَلِكَ فَلَيْسَ فِي اسْتِحْقَاقِ الرَّجُوعِ مَا يَنَافِي مُطَالَبَتَهُ بِقِيَمَةِ الزِّيَادَةِ كَمَا لَوْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ صِبْغًا فِي الثَّوْبِ. وَقَالَ الْخِرَقِيُّ: لَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الْهَبَةِ مِنْ خِلَافِهِ أَنَّهُ مَنْصُوصٌ عَنْ أَحْمَدَ فَيَكُونُ أَسْوَأَ بِالْغُرْمَاءِ كَمَا لَوْ طَلَّقَ الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَقَدْ زَادَ الصَّدَاقُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً وَفَارَقَ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ عِنْدَ مَنْ سَلَّمَهُ لِأَنَّ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ قَدْ رَضِيَ الْمُشْتَرِي بِرَدِّهِ بِزِيَادَتِهِ بِخِلَافِ

المُفْلِسِ. وَلَئِنْ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ اسْتَنَدَ إِلَى سَبَبٍ مُقَارِنٍ لِلْعَقْدِ وَالْفَسْخُ هُنَا اسْتَنَدَ إِلَى سَبَبٍ حَادِثٍ وَهُوَ حُكْمُ الْحَاكِمِ وَهُوَ شَيْءٌ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَيَتَقَضَّى الْأَوَّلُ بِمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا يَتَوَبَّ فَوَجَدَ صَاحِبُ التَّوْبِ بِهِ عَيْبًا فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ وَيَأْخُذُ الْعَبْدَ وَإِنْ كَانَ قَدْ سَمِنَ. وَالثَّانِي: بِمَا لَوْ بَاعَهُ عَيْنًا بَعْدَ إِفْلَاسِهِ وَقَبْلَ حَجْرِ الْحَاكِمِ فَإِنَّ حَجْرَهُ إِنَّمَا هُوَ مُعْتَبَرٌ لِثُبُوتِ الْمُفْلِسِ وَظُهُورِهِ.

وَقَدْ سَبَقَ نَصٌّ أَحْمَدَ بِذَلِكَ وَأَيْضًا فَلَوْ بَاعَهُ بَعْدَ الْحَجْرِ وَلَمْ يَعْلَمْ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِهَا فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ. وَفَرَّقَ الْأَوَّلُونَ بَيْنَ رُجُوعِ الْبَائِعِ هَهُنَا وَبَيْنَ الصَّدَاقِ بِأَنَّ الصَّدَاقَ يُمَكِّنُ لِلزَّوْجِ الرُّجُوعَ إِلَى بَدَلِهِ تَامًّا بِخِلَافِ الْبَائِعِ فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الدُّخُولُ إِلَى حَقِّهِ تَامًّا إِلَّا بِالرُّجُوعِ، هَذَا ضَعِيفٌ لِأَنَّ أُنْدِفَاعَ الضَّرَرِ عَنْهُ بِالْبَدَلِ لَا يُسْقِطُ حَقَّهُ مِنَ الْعَيْنِ وَلَوْ كَانَ ثَابِتًا ثُمَّ يَبْطُلُ بِمَا لَوْ كَانَتِ الزَّوْجَةُ مُفْلِسَةً فَإِنَّ حَقَّهُ لَا يَثْبُتُ فِي الْعَيْنِ فَيَبْطُلُ الْفَرْقُ وَيَخْرُجُ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ أَنَّ يَرْجِعَ الْبَائِعُ هَهُنَا وَيَرُدُّ قِيمَةَ الزِّيَادَةِ كَمَا لَوْ صَبَغَ الْمُفْلِسُ التَّوْبَ.

وَمِنْهَا: مَا وَهَبَ الْآبُ لَوْلَدِهِ إِذَا زَادَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً فَهَلْ يَمْنَعُ رُجُوعَ الْآبِ أَمْ لَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ مَعْرُوفَتَيْنِ. وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ امْتِنَاعُ الرُّجُوعِ وَعَلَى الْقَوْلِ بِجَوَازِهِ فَلَا شَيْءَ عَلَى الْآبِ لِلزِّيَادَةِ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِمَا يَبَاحُ لَهُ مِنْ مَالٍ وَلَدِهِ فَهُوَ بِالرُّجُوعِ وَالْقَبْضِ يَتِمَلِّكُ لَهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا أَصْدَقَهَا شَيْئًا فَزَادَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ فِي نَصْفِهِ وَسَقَطَ حَقُّهُ مِنْهُ إِلَى قِيمَةِ النِّصْفِ ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ وَلَمْ نَعْلَمْ عَنْ أَحَدٍ مِنَ الْأَصْحَابِ خِلَافَهُ حَتَّى جَعَلَهُ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ رِوَايَةً وَاحِدَةً وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْبَائِعِ الْمُفْلِسِ بِأَنَّ فَسْخَ الْبَائِعِ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ وَالطَّلَاقُ قَاطِعٌ لِلنِّكَاحِ مِنْ حِينِهِ فَلَا يَكُونُ لِلزَّوْجِ حَقٌّ فِي الزِّيَادَةِ وَهَذَا مَمْنُوعٌ فَإِنَّ الْفَسْخَ بِالْفَلَسِ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ مِنْ حِينِهِ أَيْضًا فَهُوَ كَالطَّلَاقِ، وَخَرَجَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ الرُّجُوعُ فِي النِّصْفِ بِزِيَادَةٍ مُتَّصِلَةٍ مِنَ الرِّوَايَةِ الْمُحْكِيَةِ عَنْ أَحْمَدَ فِي الرُّجُوعِ فِي نِصْفِ الزِّيَادَةِ الْمُتَّفَصِّلَةِ وَأَوَّلَى. وَسَنَذْكُرُ أَصْلَ هَذِهِ الرِّوَايَةِ فِيمَا بَعْدَ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَيَخْرُجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ بِالرُّجُوعِ فِي النِّصْفِ بِزِيَادَتِهِ وَيَرُدُّ قِيمَةَ الزِّيَادَةِ كَمَا فِي الْفَسْخِ بِالْعَيْبِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ. وَهَذَا إِذَا كَانَتِ الْعَيْنُ يُمَكِّنُ فَصْلَهَا وَقَسَمْتُهَا. وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَهُوَ شَرِيكٌ بِقِيمَةِ النِّصْفِ يَوْمَ الْإِصْدَاقِ.

وَمِنْهَا: إِذَا اشْتَرَى قَصِيلاً بِشَرْطِ الْقَطْعِ فَتَرَكَهُ حَتَّى سَنِبَلَ وَاشْتَدَّ أَوْ ثَمَرَ وَلَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ

بشَرْطِ الْقَطْعِ فَتَرْكُهُ حَتَّىٰ بَدَأَ صَلَاحُهُ فَهَلْ يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِذَلِكَ أَمْ لَا؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ:

أَشْهُرُهُمَا: أَنَّهُ يَبْطُلُ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخَرَقِيِّ وَأَبِي بَكْرٍ وَأَبْنِ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ وَلِلبُّطْلَانِ مَاخِذَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ تَأْخِيرَهُ مُحَرَّمٌ لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَىٰ فَابْطُلَ الْبَيْعُ كَتَأْخِيرِ الْقَبْضِ فِي الرِّبَوِيَّاتِ وَلَآئِهِ وَسِيلَةٌ إِلَىٰ شِرَاءِ الثَّمَرَةِ وَيَبْعُهَا قَبْلَ بُدْؤِ صَلَاحِهَا وَهُوَ مُحَرَّمٌ، وَوَسَائِلُ الْمُحَرَّمِ مَمْنُوعَةٌ وَبِهَذَا عَلَّلَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ.

وَالْمَاخِذُ الثَّانِي: أَنَّ مَالَ الْمُشْتَرِي اخْتَلَطَ بِمَالِ الْبَائِعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ عَلَىٰ وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ فَبَطُلَ بِهِ الْبَيْعُ كَمَا لَوْ تَلَفَ فَإِنَّ تَلَفَهُ فِي هَذِهِ الْحَالِ يَبْطُلُ الْبَيْعُ لِضَمَانِهِ عَلَىٰ الْبَائِعِ فَعَلَىٰ الْمَاخِذِ الْأَوَّلِ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ إِلَّا بِالتَّأْخِيرِ إِلَىٰ بُدْؤِ الصَّلَاحِ وَاسْتِدَادِ الْحَبِّ وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ وَظَاهِرٌ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ، وَيَكُونُ تَأْخِيرُهُ إِلَىٰ مَا قَبْلَ ذَلِكَ جَائِزًا وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ بْنِ بَوَّابٍ عَلَىٰ أَنَّهُ إِذَا أَخْرَهُ حَتَّىٰ تَلَفَ بِعَاقِبَةِ قَبْلَ صَلَاحِهِ أَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ مُعْلَلًا بِأَنَّ هَذَا نَشَأَ فِي مِلْكِ الْبَائِعِ وَنَخَلَهُ فَلَمَّا عَلَّلَ بِانْفِصَالِهِ لِمِلْكِ الْبَائِعِ عَلِمَ أَنَّ الْبَيْعَ لَمْ يَكُنْ مُنْفَسَخًا قَبْلَ تَلَفِهِ وَكَانَ التَّأْخِيرُ تَفْرِيطًا وَلَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي رَطْبَةً أَوْ مَا أَشْبَهَهَا مِنَ النَّعْنَاعِ وَالْهَنْدَبِ أَوْ صُوفًا عَلَىٰ ظَهْرِ فَتَرْكِهَا حَتَّىٰ طَالَتْ لَمْ يَنْفَسَخِ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ لَا نَهْيَ فِي بَيْعِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ. وَعَلَىٰ الْمَاخِذِ الثَّانِي يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِمَجْرَدِ الزِّيَادَةِ وَاخْتِلَاطِ الْمَالَيْنِ إِلَّا أَنَّهُ يُعْفَىٰ عَنِ الزِّيَادَةِ الْيُسِيرَةِ كَالْيَوْمِ وَالْيَوْمَيْنِ وَنَصَّ عَلَىٰ ذَلِكَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ سَعِيدٍ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ وَغَيْرِهِمَا مِنَ الرُّطْبَةِ وَالْبَقُولِ وَالصُّوفَةِ وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي بَكْرٍ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَصَاحِبِ الْمُعْنِيِّ وَيُمِثِّلُ ذَلِكَ أَجَابَ أَبُو الْحَسَنِ الْجَزَرِيُّ فِيمَنْ اشْتَرَىٰ خَشْبًا لِيَقْطَعَهُ فَتَرْكُهُ حَتَّىٰ اشْتَدَّ وَغُلِظَ أَنَّ الْبَيْعَ يَنْفَسَخُ وَمَتَىٰ تَلَفَ بِجَائِحَةٍ بَعْدَ التَّمَكُّنِ مِنْ قَطْعِهِ فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي وَهُوَ مُصَرَّحٌ بِهِ فِي الْمَجْرَدِ وَالْمُعْنِيِّ وَتَكُونُ الزَّكَاةُ عَلَىٰ الْبَائِعِ عَلَىٰ هَذَا الْمَاخِذِ بغيرِ إشْكَالٍ.

وَأَمَّا عَلَىٰ الْأَوَّلِ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَىٰ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ مِلْكَهُ إِنَّمَا يَنْفَسَخُ بَعْدَ بُدْؤِ الصَّلَاحِ وَفِي تِلْكَ الْحَالِ تَجِبُ الزَّكَاةُ فَلَا تَسْقُطُ بِمِقَارَنَتِهِ الْفَسْخَ عَلَىٰ رَأْيٍ مَنْ يَرَىٰ جَوَازَ اقْتِرَانِ الْحُكْمِ وَمَانِعِهِ كَمَا سَبَقَ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَىٰ الْبَائِعِ ثُمَّ يَذْكُرُ الْأَصْحَابُ فِيهِ خِلَافًا لِأَنَّ الْفَسْخَ يَبْدُو الصَّلَاحَ اسْتَدَّ إِلَىٰ سَبَبٍ سَابِقٍ عَلَيْهِ وَهُوَ تَأْخِيرُ الْقَطْعِ وَقَدْ يَقَالُ يَبْدُو الصَّلَاحَ بِتَعَيُّنِ انْفِسَاخِ الْعَقْدِ مِنْ حِينِ التَّأْخِيرِ وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَا إِذَا تَرَكَهُ حَتَّىٰ صَارَ

شَعِيرًا إِنْ أَرَادَ حِيلَةً فَسَدَ الْبَيْعُ فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ جَعَلَ هَذِهِ رَوَايَةً ثَالِثَةً بِالْبُطْلَانِ مَعَ قَصْدِ التَّحِيلِ عَلَى شِرَاءِ الزَّرْعِ قَبْلَ اسْتِنَادِهِ لِلتَّبْقِيَةِ كَابْنِ عَقِيلٍ فِي التَّذَكُّرَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: بَلْ مَتَى تَعَمَّدَ الْحِيلَةَ فَسَدَ الْبَيْعُ مِنْ أَصْلِهِ وَلَمْ يَتَعَقَّدْ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا لَمْ يَقْصِدِ الْحِيلَةَ ثُمَّ تَرَكَهُ حَتَّى بَدَأَ صَلَاحُهُ كَصَاحِبِ الْمُغْنِيِّ. وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: قَصْدُ الْحِيلَةِ إِنَّمَا يُؤَثِّرُ فِي الْإِثْمِ لَا فِي الْفَسَادِ وَعَدَمِهِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي، وَإِذَا تَقَرَّرَ هَذَا فَالزِّيَادَةُ إِنَّمَا تُعْلَمُ بِاخْتِلَافِ الْقِيَمَةِ لِعَدَمِ تَمْيِيزِهَا فِي نَفْسِهَا وَهِيَ تَفَاوُتُ مَا بَيْنَ الْقِيَمَةِ يَوْمَ الشِّرَاءِ وَبَعْدَ الزِّيَادَةِ الْحَادِثَةِ [بَعْدَهُ]، كَذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ عَلَى مَا سَبَّأَنِي، وَهُوَ مَتَمِّشٌ عَلَى الْمَأْخَذِ الثَّانِي فِي الْإِنْفِسَاحِ بِمُجَرَّدِ الزِّيَادَةِ بَعْدَ الْعَقْدِ.

وَأَمَّا عَلَى الْمَأْخَذِ الْأَوَّلِ فَالزِّيَادَةُ هِيَ تَفَاوُتُ مَا بَيْنَ الْقِيَمَةِ قَبْلَ بَدْءِ الصَّلَاحِ وَبَعْدَهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَزُلْ عَنْهُ مِلْكُ الْمُشْتَرِي وَقَدْ ظَهَرَ الصَّلَاحُ، وَبِذَلِكَ جَزَمَ فِي الْكَافِي وَحَكَاهُ فِي الْمُغْنِيِّ احْتِمَالًا عَنِ الْقَاضِي، وَبَقِيَ الْكَلَامُ فِي حُكْمِ الزِّيَادَةِ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ. أَمَّا رَوَايَةُ الْإِنْفِسَاحِ فَفِيهَا رَوَايَتَانِ:

أَحَدَاهُمَا: أَنَّهَا لِلْبَائِعِ وَهِيَ اخْتِيَارُ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي وَنَقَلَهَا أَبُو طَالِبٍ وَغَيْرُهُ عَنْ أَحْمَدَ لِأَنَّ الْبَيْعَ مَتَى انْفَسَخَ يَعُودُ إِلَى بَائِعِهِ بِنَمَائِهِ الْمُتَفَصِّلِ كَسِمَنِ الْعَبْدِ وَنَحْوِهِ بَلْ هُنَا أَوَّلَى لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِنْ تَبْقِيَّتِهِ فِي مِلْكِهِ فَحَقُّهُ فِيهِ أَقْوَى.

وَالثَّانِيَّةُ: يَتَصَدَّقَانِ بِهَا مَعَ فَسَادِ الْبَيْعِ. قَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ: وَالرَّوَايَتَيْنِ نَقَلَهَا حَبْلٌ، قَالَ: وَهِيَ مَحْمُولَةٌ عِنْدِي عَلَى الاسْتِحْبَابِ بِوُقُوعِ الْخِلَافِ فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ وَفَسَادِهِ وَمُسْتَحَقُّ النَّمَاءِ فَاسْتَحَبُّ الصَّدَقَةَ بِهِ وَأَنكَرَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ ثُبُوتَ هَذِهِ الرِّوَايَةِ وَقَالَ هِيَ سَهْوٌ مِنَ الْقَاضِي، قَالَ: وَإِنَّمَا ذَكَرَهَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ مُسْتَدِلًّا بِهَا عَلَى الصَّحَّةِ فَأَمَّا مَعَ الْفَسَادِ فَلَا وَجْهَ لِهَذَا الْقَوْلِ، وَأَمَّا ابْنُ أَبِي مُوسَى فَقَالَ: وَعَنْهُ يَتَصَدَّقُ الْبَائِعُ بِالْفَضْلِ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ، وَهَذَا التَّعْلِيلُ يَرُدُّ عَلَيْهِ الزِّيَادَةُ فِي الْمَرْدُودِ بِالْعَيْبِ وَنَحْوِهِ، لَكِنَّ الْمُرَادَ أَنَّ هَذِهِ الزِّيَادَةَ عَادَتْ إِلَيْهِ لِإِنْفِسَاحِ الْعَقْدِ عَلَى وَجْهِ مَنْهِيٍّ عَنْهُ فِي الشَّرْعِ بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ.

ثُمَّ حَكَى رَوَايَةً ثَالِثَةً بِاشْتِرَاكِ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي فِي الزِّيَادَةِ، وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ تَرْجِعُ إِلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ الزِّيَادَةَ الْمُتَّصِلَةَ لَا تَتَّبِعُ فِي الْفَسَاحِ بَلْ تَبْقَى عَلَى مِلْكِ الْمُشْتَرِي، وَإِنَّمَا شَارَكَهُ الْبَائِعُ فِيهَا لِأَنَّهَا نَمَتْ مِنْ مِلْكِهِ وَمِلْكِ الْمُشْتَرِي وَلَوْ لَا ذَلِكَ لَانْفَرَدَ بِهَا الْمُشْتَرِي وَخَصَّ ابْنُ أَبِي مُوسَى هَذَا الْخِلَافَ بِالْأَمَارِ، فَأَمَّا الزَّرْعُ فَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ خِلَافًا [لَا] أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْبَائِعِ، وَأَمَّا عَلَى رَوَايَةِ

الصَّحَّةُ فَفِي حُكْمِ الزِّيَادَةِ ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ:

إِحْدَاهُنَّ: إِنَّمَا يَشْتَرِكَانِ بَيْنَهُمَا [فِيهَا]، نَقَلَهَا أَحْمَدُ بْنُ سَعِيدٍ لِحُدُوثِهَا عَلَى مِلْكِيهِمَا كَمَا سَبَقَ وَحَمَلَهَا الْقَاضِي عَلَى الاسْتِحْبَابِ وَلَا يَصِحُّ، وَيَلَا شِرْكَاءَ أَجَابَ أَبُو حَفْصٍ الْبَرْمَكِيُّ فِيمَنْ اشْتَرَى [خَشَبًا] لِلْقَطْعِ فَتَرَكَهُ حَتَّى اشْتَدَّ وَغُلِظَ.

وَالثَّانِيَةُ: يَتَصَدَّقَانِ بِهَا وَأَخَذَهَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ مِنْ رَوَايَةِ حَنْبَلٍ وَتِلْكَ قَدْ صَرَّحَ فِيهَا أَحْمَدُ بِفَسَادِ الْبَيْعِ عَلَى مَا حَكَاهُ الْقَاضِي أَيْضًا فِي الْمُجَرَّدِ وَ [كِتَابِ] الرُّوَايَتَيْنِ ثُمَّ قَالَ: وَهَذَا عِنْدِي عَلَى الاسْتِحْبَابِ الْمُنْهِي عَنْ رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ وَهَذَا لَمْ يُضْمَنْ عَلَى الْمُشْتَرِي فَكُرِهَ لَهُ رِبْحُهُ وَكُرِهَ لِلْبَائِعِ لِحُدُوثِهِ عَلَى مِلْكِ الْمُشْتَرِي، وَكَذَلِكَ مَالُ صَاحِبِ الْمُغْنِيِّ إِلَى حَمَلِهَا عَلَى الاسْتِحْبَابِ لِأَنَّ الصَّدَقَةَ بِالشُّبُهَاتِ مُسْتَحَبَّةٌ وَهَذِهِ شُبُهَةٌ لِاسْتِحْبَابِ الْأَمْرِ فِي مُسْتَحَقِّهَا، وَلِحُدُوثِهَا بِجِهَةِ مَحْظُورَةٍ وَيُشْبِهُ هَذِهِ الرُّوَايَةَ مَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِبْحِ مَالِ الْمُضَارَبَةِ إِذَا خَالَفَ فِيهِ الْمُضَارِبُ أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِهِ وَفِيمَنْ أَجَرَ مَا اسْتَأْجَرَهُ بِرِبْحٍ أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِهِ لِدُخُولِهِ فِي رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ.

وَالرُّوَايَةُ الثَّلَاثَةُ: أَنَّ الزِّيَادَةَ كُلَّهَا لِلْبَائِعِ نَقَلَهَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي مَسْأَلَةِ زَرْعِ الْغَاصِبِ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِيمَنْ اشْتَرَى قَصِيلاً فَتَرَكَهُ حَتَّى سَبُلَ يَكُونُ لِلْمُشْتَرِي مِنْهُ بِقَدَرِ مَا اشْتَرَى يَوْمَ اشْتَرَى فَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ كَانَ لِلْبَائِعِ صَاحِبِ الْأَرْضِ قِيلَ لَهُ وَكَذَلِكَ النَّحْلُ إِذَا اشْتَرَاهُ لِيَقْلَعَهُ فَطْلَعَ؟ قَالَ كَذَلِكَ فِي النَّحْلِ فَإِنْ كَانَ فِيهِ زِيَادَةٌ فَهُوَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ الْبَائِعِ، وَوَجَّهَهُ الْقَاضِي بِأَنَّ الزِّيَادَةَ مِنْ [نَمَاءٍ] مِلْكِ الْبَائِعِ فَهِيَ كَالرَّبْحِ فِي الْمَالِ الْمَغْضُوبِ فَإِنَّهُ يَكُونُ لِصَاحِبِ الْمَالِ دُونَ الْغَاصِبِ وَيُلْغَى تَصَرُّفُهُ فِيهِ لِكَوْنِهِ مَحْظُورًا كَذَلِكَ هَهُنَا وَيُمْكِنُ أَنْ يَفْرُقَ بَيْنَهُ وَيَبَيِّنَ تَصَرُّفَ الْغَاصِبِ بِأَنَّ الْغَاصِبَ إِنَّمَا لَهُ أَثَارُ عَمَلٍ فَالْغَيْتُ وَهَذَا لِلْمُشْتَرِي عَيْنُ مَالٍ نَمَتْ فَكَيْفَ يَسْقُطُ حَقُّهُ مِنْ نَمَائِهَا، وَيَجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ الْمُشْتَرِي إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بِالْعَقْدِ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ مِنَ الثَّمَرَةِ وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ فَلَا حَقَّ فِيهِ وَهَذَا الْبَيْعُ لَمْ يَتِمَّ قَبْضُهُ فِيهِ وَلَا وَجِدَ فِي ضَمَانِهِ فَلَا يَسْتَحِقُّ أَنْ يَقْبِضَ غَيْرَ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْبَيْعُ بِمُقْتَضَى عَقْدِهِ.

وَحَمَلَ الْقَاضِي قَوْلَ أَحْمَدَ هَهُنَا وَكَذَلِكَ النَّحْلُ إِذَا اشْتَرَاهُ لِيَقْلَعَهُ عَلَى أَنَّهُ اشْتَرَى جُذُوعَهُ لِيَقْطَعَهَا. وَقَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنْ يُقَالَ: بِأَنَّ زِيَادَةَ الثَّمَرَةِ فِي صِفَتِهَا لِلْمُشْتَرِي وَمَا طَالَ مِنَ الْجُزْءِ لِلْبَائِعِ لِأَنَّ هَذِهِ الزِّيَادَةَ لَوْ فَرَضْنَا أَنَّ الْمُشْتَرِي كَانَ قَدْ جَزَّ مَا

اشْتَرَاهُ لَمْ يَكُنْ وَجُودُهَا وَيَكُونُ لِلْبَائِعِ، فَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ تُجَزَّ أَنْتَهَى. وَاخْتَارَ الْقَاضِي خِلَافَ هَذَا كُلِّهِ وَأَنَّ الزِّيَادَةَ كُلَّهَا لِلْمُشْتَرِي مَعَ صِحَّةِ الْعَقْدِ وَلِلْبَائِعِ مَعَ فُسَادِهِ وَلَمْ يَثْبُتْ فِي كِتَابِ الرُّوَايَتَيْنِ فِي الْمَذْهَبِ فِي هَذَا خِلَافًا، وَمَا قَالَهُ مِنْ انْفِرَادِ الْمُشْتَرِي بِالْثَّمَرَةِ بِزِيَادَتِهَا مُخَالَفٌ لِمَنْصُوصِ أَحْمَدَ وَقِيَاسِهِ كَذَلِكَ عَلَى سِمَنِ الْعَبْدِ غَيْرِ صَحِيحٌ لِأَنَّ هَذِهِ الزِّيَادَةُ نَمَتْ مِنْ أَصْلِ الْبَائِعِ مَعَ اسْتِحْقَاقِ إِزَالَتِهَا عَنْهُ بِخِلَافِ سِمَنِ الْعَبْدِ وَطَوْلِهِ وَلَوْ قَالَ مَعَ ذَلِكَ بِوُجُوبِ الْأَجْرَةِ لِلْبَائِعِ إِلَى حِينَ الْقَطْعِ لَكَانَ أَقْرَبَ كَمَا أَفْتَى بِهِ ابْنُ بَطَّةَ فِيمَنْ اشْتَرَى خَشْبًا لِلْقَطْعِ فَتَرَكَهُ فِي أَرْضِ الْبَائِعِ حَتَّى غَلُظَ وَاشْتَدَّ أَنَّهُ يَكُونُ بِزِيَادَتِهِ لِلْمُشْتَرِي وَعَلَيْهِ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَجْرَةُ أَرْضِهِ لِلْمُدَّةِ الَّتِي تَرَكَهَا فِيهِ وَأَخَذَهُ مِنْ غَرْسِ الْغَاصِبِ وَلَكِنْ تَبْقِيَةُ الشَّجَرِ فِي الْأَرْضِ لَهُ أَجْرَةٌ مُعْتَبَرَةٌ وَلِلْمَالِكِ الزَّرْعُ فَأَمَّا تَبْقِيَةُ الثَّمَرِ عَلَى رُءُوسِ الشَّجَرِ فَلَا يَسْتَحِقُّ لَهُ أَجْرَةٌ بِحَالٍ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي التَّقْلِيلِ وَحُكْمِ الْعَرَايَا إِذَا تَرَكْتَ فِي رُءُوسِ النَّخْلِ [حَتَّى أَثْمَرَتْ] حُكْمُ الثَّمَرِ إِذَا تَرَكَ حَتَّى يَبْدُو صِلَاحُهُ عِنْدَ الْقَاضِي وَكَثُرُ الْأَصْحَابِ، وَمِنْهُمْ مَنْ لَمْ يَحْكُ خِلَافًا فِي الْبُطْلَانِ فِي الْعَرِيَةِ بِخِلَافِ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ كَالْحُلُوفِ وَأَيْنِهِ وَيُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا بِأَنْ يَبِيعَ الْعَرَايَا رُخْصَةً مُسْتَشْنَاءَةً مِنَ الْمُزَابَنَةِ الْمُحَرَّمَةِ شَرَعَتْ لِلْحَاجَةِ إِلَى أَكْلِ الرُّطْبِ وَشِرَائِهِ بِالثَّمَنِ فَإِذَا تَرَكَ حَتَّى صَارَ ثَمَرًا فَقَدْ زَالَ الْمَعْنَى الَّذِي شَرَعَتْ لِأَجْلِهِ الرُّخْصَةُ وَصَارَ يَبِيعُ ثَمَرُ بَتْمَرٍ فَلَمْ يَصِحَّ إِلَّا بِتَعْيِينِ الْمُسَاوَاةِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَأَمَّا الْعُقُودُ فَيَتَّبِعُ فِيهَا النِّمَاءُ الْمَوْجُودَ حِينَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ بِالْقَبُولِ أَوْ غَيْرِهِ فَلَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا حِينَ الْإِجَابِ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ فَمِنْ ذَلِكَ الْمُوصَى بِهِ إِذَا نَمِيَ نِمَاءٌ مُتَفَصِّلًا بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ فَإِنَّهُ يَتَّبِعُ الْعَيْنَ إِذَا احْتَمَلَهُ الثُّلُثُ ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ. وَقَالَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ: إِنْ قُلْنَا: لَا يَتَّقِلُ الْمِلْكُ إِلَّا مِنْ حِينَ الْقَبُولِ فَالزِّيَادَةُ مُحْسُوبَةٌ كَذَلِكَ عَلَيْهِ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِنْ قُلْنَا: ثَبَتَتْ مِنْ حِينَ الْمَوْتِ فَالزِّيَادَةُ لَهُ غَيْرُ مُحْسُوبَةٍ عَلَيْهِ مِنَ التَّرَكَةِ لِأَنَّهَا نِمَاءٌ مِلْكِهِ وَمِنْهُ الشَّقْصُ الْمَشْفُوعُ إِذَا كَانَ فِيهِ شَجَرٌ فَمَّا قَبْلَ الْأَخْذِ بِالشَّقْعَةِ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُ بِنِمَائِهِ بِالثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الزِّيَادَةِ وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ أَوْ زَرْعٌ فَمَّا، وَقُلْنَا: يَتَّبِعُ فِي الشَّقْعَةِ كَمَا هُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ فِيهِمَا وَلَوْ تَأَبَّرَ الطَّلَعُ الْمَشْمُولُ بِالْبَيْعِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ثُمَّ أَخَذَهُ الشَّقِيعُ فَفِي تَبَعِيَّتِهِ وَجْهَانِ لِتَعْلُقَ حَقُّهُ بِالطَّلَعِ وَنِمَائِهِ.

وَمِنْهُ: لَوْ اشْتَرَى رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ مَا اسْتَوْلُوا عَلَيْهِ مِنْ مَالٍ مُسْلِمٍ ثُمَّ نَمَا عِنْدَ الْمُشْتَرِي نِمَاءٌ مُتَفَصِّلًا حَتَّى زَادَتْ قِيَمَتُهُ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ

لِلزِيَادَةِ فَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ مُهَنَّا، وَأَمَّا تَبَعِيَّةُ النَّمَاءِ فِي عُقُودِ التَّوَقُّعِ فَإِنَّهُ يَتَّبِعُ فِي الرَّهْنِ وَأُمُومَالِ الزَّكَاةِ وَالْجَانِي فِي التَّرَكَةِ الْمُتَعَلِّقِ بِهَا حُقُوقُ الْغُرَمَاءِ، وَإِنْ قِيلَ بِانْتِقَالِهَا إِلَى الْوَرِثَةِ لِأَنَّ التَّعَلُّقَ فِيهَا إِمَّا تَعَلُّقُ رَهْنٍ أَوْ جِنَايَةٍ وَالنَّمَاءُ الْمُتَّصِلُ تَابِعٌ فِيهِمَا صَرَّحَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ بِذَلِكَ كُلُّهُ مُتَّفَقًا فِي كَلَامِهِمَا، وَأَمَّا عُقُودُ الضَّمَانِ فَتَتَّبِعُ فِي الْعَصَبِ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى فِيهِ رَوَايَةً أُخْرَى أَنَّهُ لَا يَتَّبِعُ وَلَا يَكُونُ النَّمَاءُ الْمُتَّصِلُ الْحَادِثُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ مَضْمُونًا إِذَا رَدَّ الْأَصْلَ كَمَا قَبَضَهُ وَقِيَاسُهُ الْعَارِيَّةُ لِأَنَّ الْاِئْتِفَاعَ حَاصِلٌ بِهِ فَيَصِيرُ حُكْمُهُ حُكْمَ الْأَصْلِ كَنَمَاءِ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ وَتَتَّبِعُ أَيْضًا فِي الصَّيْدِ الَّذِي فِي يَدِ الْمُحْرَمِ، وَفِي نَمَاءِ الْمَقْبُوضِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ وَجِهَانٍ مَعْرُوفَانِ.

* * *

القاعدةُ الثَّانِيَّةُ وَالثَّمَانُونَ:

وَالنَّمَاءُ الْمُتَّصِلُ تَارَةً يَكُونُ مُتَوَلَّدًا مِنْ عَيْنِ الذَّاتِ كَالْوَلَدِ وَالطَّلْعِ وَالصُّوفِ وَاللَّبَنِ وَالْبَيْضِ وَتَارَةً يَكُونُ مُتَوَلَّدًا مِنْ غَيْرِهَا وَاسْتَحَقَّ بِسَبَبِ الْعَيْنِ كَالْمَهْرِ وَالْأَرْشِ. وَالْحُقُوقُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِالْأَعْيَانِ ثَلَاثَةٌ: عُقُودٌ وَسَبَابِيهٌ وَحُقُوقٌ يَتَعَلَّقُ بِغَيْرِ فَسَخٌ وَلَا عَقْدٌ، فَأَمَّا الْعُقُودُ فَلَهَا حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: [أَنْ تُرَدَّ] عَلَى الْأَعْيَانِ بَعْدَ وُجُودِ نَمَائِهَا الْمُتَّصِلِ فَلَا يَتَّبِعُهَا النَّمَاءُ وَسَوَاءٌ كَانَ مِنَ الْعَيْنِ أَوْ غَيْرِهَا إِلَّا مَا كَانَ مُتَوَلَّدًا مِنَ الْعَيْنِ فِي حَالِ اتِّصَالِهِ بِهَا وَاسْتِثْنَاهُ وَتَعْيِيهِ فِيهَا بِأَصْلِ الْخَلْقَةِ فَإِنَّهُ يَدْخُلُ تَبَعًا كَالْوَلَدِ وَاللَّبَنِ وَالْبَيْضِ وَالطَّلْعِ غَيْرِ الْمُؤَبَّرِ أَوْ كَانَ مُلَازِمًا لِلْعَيْنِ لَا يُفَارِقُهَا عَادَةً كَالشَّعَرِ وَالصُّوفِ فَإِنَّهَا تَلْحَقُ بِالْمُتَّصِلِ فِي اسْتِثْنَاءِ الْعَيْنِ وَفِي الْمُجَرَّدِ وَالْفُصُولِ وَجَهٌ فِي الرَّهْنِ أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِيهِ صُوفُ الْحَيَوَانَ وَلَبَنُهُ وَلَا وَرَقُ الشَّجَرِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ بَعِيدٌ، أَمَّا الْمُتَّصِلُ الْبَائِنُ فَلَا يَتَّبِعُ بِغَيْرِ خِلَافٍ إِلَّا فِي التَّدْبِيرِ فَإِنَّ فِي اسْتِثْنَاءِ الْأَوْلَادِ فِيهِ رَوَاتِبَتَيْنِ.

وَالْحَالَةُ الثَّانِيَّةُ: أَنْ يَحْدُثَ النَّمَاءُ بَعْدَ وُجُودِ الْعَقْدِ عَلَى الْعَيْنِ فَيَنْقَسِمُ الْعَقْدُ إِلَى تَمَلُّكِ [وغيره]. وَأَمَّا عُقُودُ التَّمْلِكِ الْمُنْجَزَةِ فَمَا وَرَدَ مِنْهَا عَلَى عَيْنٍ وَالْمَنْفَعَةُ بِعَوَضٍ أَوْ غَيْرِ فَإِنَّهُ يَسْتَلْزِمُ اسْتِثْنَاءَ النَّمَاءِ الْمُتَّصِلِ مِنَ الْعَيْنِ وَغَيْرِهِ كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَالْعَنْقِ وَعَوَضِهِ وَعَوَضِ الْخَلْعِ وَالْكِتَابَةِ وَالْإِجَارَةِ وَالصَّدَاقِ وَغَيْرِهَا وَمَا وَرَدَ مِنْهَا عَلَى الْعَيْنِ الْمُجَرَّدَةِ مِنْ غَيْرِ مَنْفَعَةٍ كَالْوَصِيَّةِ بِالرَّقَبَةِ دُونَ الْمَنَافِعِ وَالْمُسْتَرِي لَهَا مِنْ مُسْتَحَقِّهَا عَلَى الْقَوْلِ بِصِحِّهِ الْمَيْعِ فَلَا يَتَّبِعُ

فِيهِ النَّمَاءُ مِنْ غَيْرِ الْعَيْنِ، وَفِي اسْتِثْبَاعِ الْأَوْلَادِ وَجْهَانِ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ الْوَلَدَ جُزْءٌ أَوْ كَسْبٌ وَمَا وَرَدَ فِيهَا عَلَى الْمَنْفَعَةِ الْمُجَرَّدَةِ فَإِنَّ عَمَّ الْمَنَافِعِ كَالْوَقْفِ وَالْوَصِيَّةِ بِالْمَنْفَعَةِ تُتَّبَعُ فِيهِ النَّمَاءُ الْحَادِثُ مِنَ الْعَيْنِ وَغَيْرَهَا إِلَّا الْوَلَدَ فَإِنَّ فِيهِ وَجْهَيْنِ مُصَرِّحًا بِهِمَا فِي الْوَقْفِ وَمُخْرَجَيْنِ فِي غَيْرِهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ جُزْءٌ أَوْ كَسْبٌ وَفِي أَرْضِ الْجَنَابَةِ عَلَى الطَّرَفِ بِالِاتِّلَافِ احْتِمَالَانِ مَذْكُورَانِ فِي التَّرْغِيبِ هَلْ هُوَ لِلْمَوْقِفِ عَلَيْهِ كَالْفَوَائِدِ أَوْ يُشْتَرَى بِهِ شِقْصٌ يَكُونُ وَقْفًا كَبَدَلِ الْجُمْلَةِ فَإِنَّ كَانَتِ الْجَنَابَةُ بِغَيْرِ اتِّلَافٍ فَالْأَرْضُ لِلْمَوْقِفِ عَلَيْهِ وَجْهًا وَاحِدًا وَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ عَلَى مَنْفَعَةٍ خَاصَّةٍ لَا تَتَأَيَّدُ كَالْإِجَارَةِ فَلَا تُتَّبَعُ فِيهِ شَيْئًا مِنَ النَّمَاءِ الْمُتَفَصِّلِ بِغَيْرِ خِلَافٍ وَأَمَّا عَقُودُ غَيْرِ التَّمْلِيكَاتِ الْمُنْجَزَةِ فَنَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: [مَا] يَتَوَلَّى إِلَى التَّمْلِيكِ فَمَا كَانَ مِنْهُ لَازِمًا لَا يَسْتَقِيلُ الْعَاقِدُ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ بِإِبْطَالِهِ مِنْ غَيْرِ سَبَبٍ فَإِنَّهُ يَتَّبَعُ فِيهِ النَّمَاءُ الْمُتَفَصِّلُ مِنَ الْعَيْنِ وَغَيْرَهَا، وَيَنْدَرِجُ فِي ذَلِكَ صُورٌ:

مِنْهَا: الْمَكَاتِبَةُ، فَيَمْلِكُ اكْتِسَابَهَا وَيَتَّبِعُهَا أَوْلَادُهَا بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ.

وَمِنْهَا: الْمَكَاتِبُ، يَمْلِكُ اكْتِسَابَهُ وَيَتَّبِعُهُ أَوْلَادُهُ مِنْ أَمَتِهِ كَمَا يَتَّبَعُ الْحُرُّ وَلَدَهُ مِنْ أَمَتِهِ وَلَا يَتَّبِعُهُ وَلَدُهُ مِنْ أُمِّهِ لِغَيْرِهِ.

وَمِنْهَا: الْمُوصَى بِعَتَقِهِ، إِذَا اكْتَسَبَ بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ إِعْتَاقِ الْوَرَثَةِ فَإِنَّ كَسْبَهُ لَهُ ذِكْرُهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ لِأَنَّ إِعْتَاقَهُ وَاجِبٌ لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُولِ فَهُوَ كَالْمُعْتَقِ بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ لِمُعَيَّنٍ وَقَالَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ فِي آخِرِ بَابِ الْعِتْقِ كَسْبُهُ لِلْوَرَثَةِ كَأَمَّ الْوَلَدِ وَلَكِنْ يُمَكِّنُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ مَمْلُوكَةٌ لِسَيِّدِهَا وَالْمُوصَى بِعَتَقِهِ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لِلْوَرَثَةِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْنَعُ انْتِقَالَه إِلَيْهِمْ، وَإِذَا قِيلَ هُوَ عَلَى مِلْكِ الْمَيِّتِ فَهُوَ مِلْكٌ تَقْدِيرِيٌّ لَا يَمْنَعُ مِنْ اسْتِحْقَاقِ الْكَسْبِ فَلَوْ كَانَ أُمَّةٌ فَوَلَدَتْ قَبْلَ الْعِتْقِ وَبَعْدَ الْمَوْتِ تَبِعَهَا الْوَلَدُ كَأَمَّ الْوَلَدِ هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ. وَقَالَ الْقَاضِي فِي تَعْلِيلِهِ لَا يَعْتَقُ.

وَمِنْهَا: الْمُعْلَقُ عَتَقُهُ بِوَقْتٍ أَوْ صِفَةٍ بَعْدَ الْمَوْتِ، كَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ إِنْ مِتُّ ثُمَّ دَخَلْتَ الدَّارَ فَانْتِ حُرٌّ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِسَنَةٍ وَصَحَّحْنَا ذَلِكَ فَكَسْبُهُ بَيْنَ الْمَوْتِ وَوُجُودِ شَرْطِ الْعِتْقِ لِلْوَرَثَةِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُغْنِيِّ كَأَمَّ الْوَلَدِ بِخِلَافِ الْمُوصَى بِعَتَقِهِ. لِأَنَّ ذَلِكَ أَوْجَبَ عَتَقَهُ فِي الْحَالِ وَهَذَا يَتَرَدَّدُ فِي وَجُودِ شَرْطِ عَتَقِهِ فَإِنَّهُ قَدْ يَجِيءُ الْوَقْتُ الْمُعَيَّنُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَلَا تُوجَدُ الصِّفَةُ حَتَّى ذَكَرَ فِي الْمُغْنِيِّ فِي مَنَعَ الْوَارِثِ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ قَبْلَ الصِّفَةِ

اِحْتِمَالَيْنِ وَصَرَحَ صَاحِبُ الْمُسْتَوْعِبِ بِأَنَّهُ بَاقٍ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الْمَيِّتِ لَا يَتَقَلُّ إِلَى الْوَرَثَةِ كَالْمَوْصَى بِعَقْبِهِ. وَعَلَى هَذَا فَيَتَوَجَّهُ أَنَّ كَسْبَهُ لَهُ وَمَا قِيلَ مِنْ اِحْتِمَالِ مَوْتِهِ قَبْلَ الصِّفَةِ مُعَارَضٌ بِاِحْتِمَالِ مَوْتِ الْمَوْصَى بِعَقْبِهِ قَبْلَ الْعِنَقِ، وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ أَمَةٌ وَوَلَدَتْ بَعْدَ الْمَوْتِ فَهُوَ تَابِعٌ لَهَا كَأَمِّ الْوَلَدِ صَرَحَ بِهِ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَهُوَ مُتَوَجَّهُ سَوَاءٌ قِيلَ إِنْ هَذَا الْعَقْدُ تَذْيِيرٌ كَقَوْلِ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَوْ قِيلَ إِنَّهُ تَعْلِيْقٌ كَقَوْلِ الْقَاضِي فِي الْمَجَرَّدِ وَابْنِ عَقِيلٍ فَإِنَّهُ تَعْلِيْقٌ لِأَزْمٍ مُسْتَقَرٌّ لَا يُمَكِّنُ إِبْطَالَهُ فَهُوَ كَالْكِتَابَةِ، وَهَذَا يَشْهَدُ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ تَبَعِيَةِ الْوَلَدِ فِي الَّتِي قَبْلَهَا.

وَمِنْهَا: الْمَوْصَى بِوَقْفِهِ إِذَا نَمَّا بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ لِقَافِهِ فَأَقْبَى الشَّيْخُ تَقْيُ الدِّينِ أَنَّهُ يُصَرَفُ مُنْصَرَفُ الْوَقْفِ لِأَنَّ نَمَاءَهُ قَبْلَ الْوَقْفِ كَنَمَائِهِ بَعْدَهُ.

وَمِنْهَا: مَا نَقَلَ يَعْقُوبُ بْنُ بُخْتَانَ وَإِبْرَاهِيمُ بْنُ هَانِيٍّ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَنْ جَعَلَ مَالًا فِي وَجْهِ الْبَرِّ فَاتَّجَرَ بِهِ الْوَصِيُّ قَالَ إِنْ رِيحٌ جَعَلَ رِبْحُهُ مَعَ الْمَالِ فِيمَا أَوْصَى بِهِ وَإِنْ خَسِرَ كَانَ ضَمَانًا، فَهَذَا إِنْ كَانَ مُرَادُهُ إِذَا وَصَّى بِتَفْرِقَةٍ عَيْنِ الْمَالِ فَوَاضِحٌ وَإِنْ كَانَ وَصَّى أَنْ يَشْتَرِيَ فِيمَا يَنْمُو وَيُوقَفُ أَوْ يُتَصَدَّقُ بِنَمَائِهِ كَانَ مُخَالَفًا لِمَا أَفْتَى بِهِ الشَّيْخُ.

وَمِنْهَا: الْمَوْصَى بِهِ لِمُعَيَّنٍ يَقِفُ عَلَى قَبُولِهِ إِذَا نَمَّا بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ نَمَاءٌ مُنْفَصِلًا فَيَنْبَغِي عَلَى أَنَّ الْمِلْكَ قَبْلَ الْقَبُولِ هَلْ هُوَ لِلْوَارِثِ أَوْ لِلْمَيِّتِ أَوْ لِلْمَوْصَى لَهُ، وَفِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُوهُ فَإِنْ قِيلَ: إِنَّهُ لِلْوَارِثِ فَهُوَ مُخْتَصٌّ بِنَمَائِهِ وَإِنْ قِيلَ: هُوَ عَلَى مِلْكِ الْمَيِّتِ فَنَمَاؤُهُ مِنَ التَّرَكَةِ وَإِنْ قِيلَ: إِنَّهُ لِلْمَوْصَى لَهُ بِمَعْنَى أَنَّا نَتَّبِعُ بِقَبُولِهِ مِلْكُهُ بِالْمَوْتِ أَوْ قِيلَ: إِنَّهُ لَا يَتَوَقَّفُ مِلْكُهُ عَلَى قَبُولِ فَنَمَاؤُهُ كُلُّهُ لِلْمَوْصَى لَهُ.

وَمِنْهَا: التَّذَرُّ وَالصَّدَقَةُ وَالْوَقْفُ إِذَا لَزِمَتْ فِي عَيْنٍ لَمْ يَجْزُ لِمَنْ أَخْرَجَهَا عَنْ مِلْكِهِ أَنَّهُ يَشْتَرِي شَيْئًا مِنْ نِتَاجِهَا نَصًّا عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الصَّدَقَةِ وَالْوَقْفِ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ.

وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ ثُمَّ بَانَ بِهِ عَيْبٌ فَأَخَذَ أَرَشُهُ فَهَلْ يَمْلِكُ لِنَفْسِهِ أَوْ يَجِبُ عَلَيْهِ صَرْفُهُ فِي الرِّقَابِ عَلَى رِوَايَتَيْنِ وَخَصَّ الْقَاضِي الرِّوَايَتَيْنِ بِالْعِنَقِ عَنِ الْوَاجِبِ إِذَا كَانَ الْعَيْبُ يَمْنَعُ الْإِجْزَاءَ إِلَّا حَاقًا لِلْأَرَشِ بِالْوَلَاءِ.

وَلَوْ اشْتَرَى شاةً فَأَوْجَبَهَا أَضْحِيَّةً ثُمَّ أَصَابَ بِهَا عَيْبًا فَأَخَذَ أَرَشُهُ اشْتَرَى بِهِ أَضْحِيَّةً فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ تَصَدَّقَ بِهِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعِنَقِ بِأَنَّ الْقَصْدَ مِنَ الْعِنَقِ تَكْمِيلُ أَحْكَامِ الْعَبْدِ وَقَدْ حَصَلَ وَالْقَصْدُ مِنَ الْأَضْحِيَّةِ لِيَصَالَ لِحَمِهَا إِلَى الْمَسَاكِينِ فَإِذَا كَانَ فِيهِ عَيْبٌ دَخَلَ

الضَّرَرُ عَلَيْهِمْ فَوَجَبَ أَرْضُهُ عَلَيْهِمْ جَبْرًا [وَتَكْمِيلًا] لِحَقِّهِمْ وَفِي الْكَافِي احْتِمَالٌ آخَرُ أَنَّ الْأَرْضَ لَهُ كَمَا فِي الْعَتَقِ وَأَمَّا الْهَدْيُ وَالْأَصْحَابُ إِذَا تَعَيَّنَ فَإِنْ قِيلَ إِنَّ مِلْكَهُ لَا يَزُولُ بِالتَّعْيِينِ كَقَوْلِ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ فَهُوَ مِنْ هَذَا النَّوعِ وَإِنْ جَازَ إِبْدَالُهُ لِأَنَّ إِبْدَالَهُ نَقْلٌ لِلْحَقِّ لَا إسْقَاطٌ لَهُ كَالْوَقْفِ وَيَتَّبَعُهُ نَمَؤُهُ مِنْهُ كَالْوَلَدِ فَإِذَا وَلَدَتْ الْأُضْحِيَّةُ ذَبَحَ مَعَهَا وَلَدَهَا وَهَلْ يَكُونُ أُضْحِيَّةً بِطَرِيقِ التَّبَعِ أَمْ لَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: هُوَ أُضْحِيَّةٌ قَالَهُ فِي الْمُغْنِيِّ فَيَجُوزُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ كَأَمِّهِ. وَالثَّانِي: لَيْسَ بِأُضْحِيَّةٍ قَالَهُ ابْنُ عَقِيلٍ قَالَ وَإِنْ تَصَدَّقَ بِهِ صَاحِبًا فَهَلْ يُجْزَى؟ فِيهِ احْتِمَالَانِ لِتَرَدُّدِهِ بَيْنَ الصَّدَقَةِ الْمُطْلَقَةِ وَبَيْنَ أَنْ يَحْذِيَ بِهِ حَدَّوِ الْأُمِّ وَالْأَشْبَهُ بِكَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ أُضْحِيَّةٌ فَإِنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَشِيشٍ: يَذْبَحُهَا وَلَدَهَا عَنْ سَبْعَةٍ. وَقَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ: يَبْدَأُ بِأَيِّهِمَا شَاءَ فِي الذَّبْحِ وَأَنْكَرَ قَوْلَ مَنْ قَالَ: لَا يَبْدَأُ إِلَّا بِالْأُمِّ وَعَلَى هَذَا فَهَلْ يَصِيرُ الْوَلَدُ تَابِعًا لِأُمِّهِ أَوْ مُسْتَقِلًّا بِنَفْسِهِ حَتَّى لَوْ بَاعَ أُمُّهُ أَوْ عَابَتْ وَقُلْنَا: يَرُدُّ إِلَى مِلْكِهِ فَهَلْ يَرْجِعُ وَلَدَهَا مَعَهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا فِي الْمُغْنِيِّ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يُعَيَّنَ ابْتِدَاءً أَوْ عَنْ وَاجِبٍ فِي الذَّمَّةِ عَلَى صَحِيحٍ وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّ الْمُعَيَّنَةَ عَمَّا فِي الذَّمَّةِ لَا يَتَّبَعُهَا وَلَدُهَا لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِي الذَّمَّةِ وَاحِدٌ وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ لِأَنَّهَا بِالتَّعْيِينِ صَارَتْ كَالْمُعَيَّنَةِ ابْتِدَاءً وَأَمَّا اللَّبَنُ فَيَجُوزُ شُرْبُهُ مَا لَمْ يُعْجِفْهَا لِلنَّصِّ وَلَآنَ الْأَكْلَ مِنْ لَحْمِهَا جَائِزٌ فَيَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِغَيْرِهِ مِنْ مَنَافِعِهَا وَمِنْ دَرَاهِ وَظَهَرَهَا فَأَمَّا الصَّوْفُ فَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى كَرَاهَةِ جَزِهِ إِلَّا أَنْ يَطُولَ وَيَكُونُ جِزُهُ نَفْعًا لَهَا، قَالَ الْأَصْحَابُ وَتَصَدَّقَ بِهِ وَفَرَّقُوا بَيْنَ الصَّوْفِ وَاللَّبَنِ بِأَنَّ الصَّوْفَ كَانَ مَوْجُودًا حَالِ إِيحَابِهَا فَوَرَدَ الْإِيحَابُ عَلَيْهِ وَاللَّبَنُ يَتَجَدَّدُ شَيْئًا بَعْدَ شَيْءٍ فَهُوَ كَمَنْفَعَةٍ ظَهَرَهَا.

وَقَالَ الْقَاضِي فِي الْمُعْجَرَدِ: وَيُسْتَحَبُّ لَهُ الصَّدَقَةُ بِالشَّعْرِ وَلَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ وَذَكَرَ ابْنُ الزَّاعُونِي أَنَّ اللَّبَنَ وَالصَّوْفَ لَا يَدْخُلَانِ فِي الْإِيحَابِ وَلَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِمَا إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِالْهَدْيِ وَكَذَلِكَ قَالَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ فِي اللَّبَنِ.

وَلَوْ فَقَّ رَجُلٌ عَيْنَ الْهَدْيِ الْمُعَيَّنِ ابْتِدَاءً أَخَذَ مِنْهُ أَرْضَهُ وَتَصَدَّقَ بِهِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَإِنْ قِيلَ: يَزُولُ مِلْكُهُ بِالتَّعْيِينِ كَقَوْلِ أَبِي الْخَطَّابِ فَهُوَ مِنْ قِسْمِ التَّمْلِيكَاتِ الْمُنْجَزَةِ كَالْعَتَقِ وَالْوَقْفِ وَإِنْ جَازَ الْإِنْتِفَاعُ بِبَعْضِ مَنَافِعِهِ كَمَنْ وَقَفَ مَسْجِدًا فَإِنَّهُ يَنْتَفِعُ بِهِ مَعَ جُمْلَةِ الْمُسْلِمِينَ.

وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْهَا غَيْرَ لَازِمٍ وَهُوَ [مَا] يَمْلِكُ الْعَاقِدُ إِبْطَالَهُ إِمَّا بِالْقَوْلِ أَوْ تَمْنَعُ نَقْضُ الْحَقِّ

الْمُتَعَلِّقُ بِهِ بِإِزَالَةِ الْمَلِكِ مِنْ غَيْرِ وَجُوبِ إِدَالٍ فَلَا يَتَّبِعُ فِيهِ النَّمَاءُ مِنْ غَيْرِ عَيْنِهِ، وَفِي اسْتِثْبَاعِ الْوَلَدِ خِلَافٌ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ صَوْرٌ:

مِنْهَا: الْمُدْبِرَةُ فَإِنَّهُ يَتَّبِعُهَا وَلَكُّهَا عَلَى الْمَذْهَبِ الْمَشْهُورِ وَعَنْهُ رَوَايَةٌ أُخْرَى لَا يَتَّبِعُهَا وَزَعَمَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ أَنَّ هَذَا الْخِلَافَ نَزَلَ عَلَى أَنَّ التَّدْيِيرَ هَلْ هُوَ لَازِمٌ أَمْ لَا. فَإِنْ قِيلَ: يَلْزُمُهُ تَبِعَ الْوَلَدُ وَإِلَّا لَمْ يَتَّبِعْ وَأَبَى أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ذَلِكَ وَعَلَى الْقَوْلِ بِالتَّبَعِيَّةِ قَالَ الْأَكْثَرُونَ: يَكُونُ مُدْبِرًا بِنَفْسِهِ لَا بِطَرِيقِ التَّبَعِ بِخِلَافِ وَلَدِ الْمَكَاتِبَةِ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ عَلَى أَنَّ الْأُمَّ لَوْ عَتَقَتْ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ لَمْ يَعْتَقِ الْوَلَدُ حَتَّى يَمُوتَ وَعَلَى هَذَا لَوْ رَجَعَ فِي تَدْيِيرِ الْأُمِّ، وَقُلْنَا: لَهُ ذَلِكَ بَقِيَ الْوَلَدُ مُدْبِرًا هَذَا قَوْلُ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ. وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ: بَلْ هُوَ تَابِعٌ مُحْضٌ لَهَا إِنْ عَتَقَتْ عَتَقَ وَإِنْ رَقَّتْ رَقَّ وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى أَيْضًا.

وَمِنْهَا: الْمُتَعَلِّقُ عِنْتِهَا بِصِفَةٍ إِذَا حَمَلَتْ وَوَلَدَتْ بَيْنَ التَّعْلِيقِ وَوُجُودِ الصِّفَةِ فَبَيَّ عِنْتِهَا مَعَهَا وَجْهَانِ مَعْرُوفَانِ وَلَوْ لَمْ تَوْجَدْ الصِّفَةَ فِي الْأُمِّ لَمْ يُعْتَقِ وَلَوْ وَجَدَتْ فِيهِ الصِّفَةُ لِأَنَّهُ تَابِعٌ مُحْضٌ.

وَمِنْهَا: الْمُؤَصَّى بِعِنْتِهَا أَوْ وَقْفُهَا إِذَا وَلَدَتْ قَبْلَ مَوْتِ الْمُؤَصَّى لَمْ يَتَّبِعْهَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْمُؤَصَّى بِعِنْتِهَا وَقِيَاسُهُ الْأُخْرَى وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَتَّبَعَ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْوَقْفِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُغْلَبَ فِيهِ شَوْبُ التَّحْرِيرِ دُونَ التَّمْلِكِ.

وَمِنْهَا: الْمُتَعَلِّقُ وَقْفُهَا بِالمَوْتِ إِنْ قُلْنَا: هُوَ لَازِمٌ وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ مِنْ رَوَايَةِ الْمِيمُونِيِّ [صَارَتْ كَالْمُسْتَوْلَدَةِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَتَّبِعَهَا وَلَكُّهَا وَإِنْ قُلْنَا: لَيْسَ بِلَازِمٍ وَكَلَامِ أَحْمَدَ فِي آخِرِ رَوَايَةِ الْمِيمُونِيِّ] يُشْعِرُ بِهِ حَيْثُ قَالَ: إِنْ كَانَ تَنَاوَلَ وَشَبَّهَهُ بِالْمُدْبِرِ يَعْنِي أَنَّهُ يَتَّبِعُهُ فَهَلْ يَتَّبِعُهَا الْوَلَدُ كَالْمُدْبِرِ أَوْ لَا يَتَّبِعُ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَغْلَبَ فِيهِ شَائِبَةُ التَّمْلِكِ فَهُوَ كَالْمُؤَصَّى بِهِ وَيَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ.

النُّوعُ الثَّانِي: عَقُودٌ مَوْضُوعَةٌ لِغَيْرِ تَمْلِكِ الْعَيْنِ فَلَا يُمْلِكُ بِهَا النَّمَاءُ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ إِذِ الْأَصْلُ لَا يُمْلِكُ فَالْفَرْعُ أَوْلَى وَلَكِنْ هَلْ يَكُونُ النَّمَاءُ تَابِعًا لِأَصْلِهِ فِي وُرُودِ الْعَقْدِ عَلَيْهِ وَفِي كَوْنِهِ مَضْمُونًا أَمْ غَيْرَ مَضْمُونٍ فَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ وَارِدًا عَلَى الْعَيْنِ وَهُوَ لَازِمٌ فَحُكْمُ النَّمَاءِ حُكْمُ الْأَصْلِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ لَازِمٍ أَوْ لَازِمًا لَكِنَّهُ مَعْقُودٌ عَلَى الْمَنْفَعَةِ مِنْ غَيْرِ تَأْيِيدٍ أَوْ عَلَى مَا فِي الذِّمَّةِ فَلَا يَكُونُ النَّمَاءُ دَاخِلًا فِي الْعَقْدِ وَهَلْ يَكُونُ تَابِعًا لِلْأَصْلِ فِي الضَّمَانِ وَعَدَمِهِ فِيهِ

وَجَهَان:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ تَابِعٌ لَهُ فِيهِمَا. وَالْثَانِي: إِنْ شَارَكَ الْأَصْلُ فِي الْمَعْنَى الَّذِي أَوْجَبَ الضَّمَانَ أَوْ الْإِثْمَانَ تَبِعَهُ وَإِلَّا فَلَا وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ صُورٌ:

مِنْهَا: الْمَرْهُونُ، فَنَمَاؤُهُ الْمُتَفَصِّلُ كُلُّهُ رَهْنٌ مَعَهُ سَوَاءٌ كَانَ مُتَوَلِّدًا مِنْ عَيْنِهِ كَالثَّمَرَةِ وَالْوَلَدِ أَوْ مِنْ كَسْبِهِ كَالْأَجْرَةِ أَوْ بَدَلًا عَنْهُ كَالْأَرَشِ وَهُوَ دَاخِلٌ مَعَهُ فِي عَقْدِ الرَّهْنِ فَيَمْلِكُ الْوَكِيلُ فِي بَيْعِ الرَّهْنِ بَيْعَهُ مَعَهُ وَإِنْ كَانَ حَادِثًا بَعْدَ الْعَقْدِ وَالتَّوَكُّلِ^(١).

وَمِنْهَا: الْأَجِيرُ كَالرَّاعِي وَغَيْرِهِ فَيَكُونُ النَّمَاءُ فِي يَدِهِ أَمَانَةً كَأَصْلِهِ وَلَا يَلْزَمُهُ رَعْيُ سِخَالِ الْغَنَمِ الْمُعَيَّنَةِ فِي عَقْدِ الرَّعْيِ لِأَنَّهَا غَيْرُ دَاخِلَةٍ فِيهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْاسْتِجَارُ عَلَى رَعْيِ غَيْرِ مُعَيَّنَةٍ فَإِنَّ عَلَيْهِ رَعْيَ سِخَالِهَا لِأَنَّ عَلَيْهِ أَنْ يَرَعِيَ مَا جَرَى الْعُرْفُ بِهِ مَعَ الْإِطْلَاقِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ.

وَمِنْهَا: الْمُسْتَأْجَرُ يَكُونُ النَّمَاءُ فِي يَدِهِ أَمَانَةً كَأَصْلِهِ وَلَيْسَ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ لِأَنَّهُ غَيْرُ دَاخِلٍ فِي الْعَقْدِ وَهَلْ لَهُ إِمْسَاكُهُ بِغَيْرِ اسْتِئْذَانٍ مَالِكِهِ تَبَعًا لِأَصْلِهِ جَعْلًا لِلِإِذْنِ فِي إِمْسَاكِ أَصْلِهِ إِذْنًا فِي إِمْسَاكِ نَمَائِهِ أَمْ لَا؟ كَمَنْ أَطَارَتْ الرِّيحُ إِلَى دَارِهِ ثَوْبٌ غَيْرِهِ خَرَجَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: الْوَدِيعَةُ هَلْ يَكُونُ نَمَاؤُهَا وَدِيعَةً وَأَمَانَةً مَحْضَةً كَالثَّوْبِ الْمَطَارِ إِلَى دَارِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: الْعَارِيَةُ، لَا يَرُدُّ عَقْدُ الْإِعَارَةِ عَلَى وَلَدِهَا فَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ وَهَلْ هُوَ مَضْمُونٌ كَأَصْلِهِ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي بَابِ الرَّهْنِ:

أَحَدُهُمَا: هُوَ مَضْمُونٌ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِأَصْلِهِ. وَالْثَانِي: لَيْسَ بِمَضْمُونٍ لِأَنَّ أَصْلَهُ إِنَّمَا ضَمِنَ لِلْإِمْسَاكِ لِلْإِنْتِفَاعِ بِهِ [فِي بَابِ الرَّهْنِ] وَالنَّمَاءُ مَمْسُوكٌ لِحِفْظِهِ عَلَى الْمَالِكِ فَيَكُونُ أَمَانَةً وَقَالَ فِي كِتَابِ الْغَصْبِ إِنَّ فِي وَلَدِ الْعَارِيَةِ وَجْهًا وَاحِدًا.

وَمِنْهَا: الْمَقْبُوضَةُ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ إِذَا وَلَدَتْ فِي يَدِ الْقَائِضِ قَالَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ: حُكْمُهُ حُكْمُ أَصْلِهِ إِنْ قُلْنَا: هُوَ مَضْمُونٌ فَالْوَلَدُ مَضْمُونٌ وَإِلَّا فَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يُخْرَجَ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَضْمُونٍ كَوَلَدِ الْعَارِيَةِ لِأَنَّ أُمَّهُ إِنَّمَا ضَمِنَتْ لِقَبْضِهَا بِسَبَبِ الضَّمَانِ وَالتَّمْلِيكِ

(١) النماء هنا تابع للأصل فلا يملك المرتهن الاتفاق منه كما لا يملك الاتفاق من الأصل. بدائع الصنائع (١٥١/٦).

وَالْوَلَدَ وَلَمْ يَحْصُلْ قَبْضُهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ فَهُوَ كَالثُّوبِ الْمَطَارِ بِالرَّيْحِ إِلَى مِلْكِهِ.
وَمِنْهَا: الْمَقْبُوضُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ وَفِي ضَمَانِ زِيَادَتِهِ^(١) وَجْهَانِ وَوَجْهَ الْقَاضِي سُقُوطُ
الضَّمَانِ بِأَنَّهُ إِذَا دَخَلَ عَلَى ضَمَانِ الْعَيْنِ دُونَ نَمَائِهَا وَهُوَ مُتَقَضٌّ بِتَضْمِينِهِ الْأَجْرَةَ.
وَمِنْهَا: الشَّاهِدَةُ وَالضَّامِنَةُ وَالْكَفِيلَةُ لَا يَتَعَلَّقُ بِأَوْلَادِهِنَّ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْأَحْكَامِ لِأَنَّ هَذِهِ
حُقُوقٌ مُتَعَلِّقَةٌ بِالذِّمَّةِ لَا بِالْعَيْنِ فَهِيَ كَسَائِرِ عُقُودِ الْمُدَايِنَاتِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْمَجَرَّدِ وَأَبْنُ
عَقِيلٍ وَاخْتَارَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَنَّ وَلَدَ الضَّامِنَةِ يَتَّبِعُهَا وَيَبَاعُ مَعَهَا كَوَلَدِ الْمَرْهُونَةِ بِنَاءً عَلَى
أَنَّ دِينَ الْمَادُونِ لَهُ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ وَضَعْفُهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي نَظَرِيَّاتِهِ لِأَنَّ التَّعَلُّقَ بِالرَّقَبَةِ هُنَا كَتَعَلُّقِ
الْجَنَائَةِ فَلَا يَسْرِي

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِمَّا اشْتَرَاهُ فَلَانَ فَأَكَلَ مِنْ لَيْنِهِ أَوْ يَبِضُّهُ لَمْ يَحْنُثْ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ
يَتَعَلَّقْ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فَإِنَّ الْيَمِينَ لَيْسَتْ لَازِمَةً بَلْ يُخَيَّرُ الْحَالِفُ بَيْنَ التَّزَامِهَا وَبَيْنَ
الْحَنْثِ فِيهَا وَتَكْفِيرِهَا [وَهَذَا] بِخِلَافِ مَا لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ الشَّاةِ فَإِنَّهُ يَحْنُثُ بِأَكْلِ
لَيْنِهَا لِأَنَّهُ لَا يُؤْكَلُ مِنْهَا فِي الْحَيَاةِ عَادَةً إِلَّا اللَّبَنَ فَأَمَّا نَتَاجُهَا فَفِيهِ نَظَرٌ.

* * *

فصل:

هَذَا حُكْمُ النَّمَاءِ فِي الْعُقُودِ وَأَمَّا فِي الْفُسُوحِ فَلَا تَتَّبِعُ فِيهَا النَّمَاءُ الْحَاصِلُ مِنَ الْكَسْبِ
بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَأَمَّا الْمُتَوَلَّدُ مِنَ الْعَيْنِ فَفِي تَبَعِيَّتِهِ فِيهَا رَوَايَتَانِ فِي الْجُمْلَةِ تَرْجِعَانِ إِلَى أَنَّ
الْفُسْخَ هَلْ هُوَ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ أَوْ مِنْ حِينِهِ وَالْأَصَحُّ عَدَمُ الْاسْتِبَاعِ وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ
صُورٌ:

مِنْهَا: إِذَا عَجَلَ الزَّكَاةُ ثُمَّ هَلَكَ الْمَالُ وَقُلْنَا: لَهُ الرُّجُوعُ بِهَا، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِهَا وَهَلْ يَرْجِعُ
بِزِيَادَتِهَا الْمُتَّصِلَةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَظْهَرُهُمَا: لَا يَرْجِعُ. وَالثَّانِي: يَرْجِعُ وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي
خِلَافِهِ.

وَمِنْهَا: الْمَسْبُوعُ فِي مَدَّةِ الْخِيَارِ إِذَا نَمَا نَمَاءً مُتَفَصِّلاً ثُمَّ فُسَخَ الْبَيْعُ هَلْ يَرْجِعُ الْبَائِعُ أَمْ لَا؟
خَرَجَهُ طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ كَصَاحِبِي التَّلْخِيصِ وَالْمُسْتَوْعِبِ عَلَى وَجْهَيْنِ كَالْفُسْخِ بِالْعَيْبِ،
وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي عَمْدِهِ أَنَّ الْفُسْخَ بِالْخِيَارِ فُسْخٌ لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ

(١) يلزمه رد النماء المنفصل والمتصل وأجرة مثله مدة بقاءه في يده، وإن نقص ضمن نقصه وإن تلف فعليه ضمانه بقيمته. الإنصاف للمرداوي (٣٦٢/٤).

لأنه لم يرض فيه بلزوم البيع بخلاف الفسخ بالعيب ونحوه فعلى هذا يرجع بالنماء المنفصل في الخيار بخلاف العيب.

ومنها: الإقالة إذا قلنا: هي فسخ، فالنماء للمشتري ذكره القاضي في خلافه، ويخرج فيه وجه آخر أنه يرده مع أصله حكاه أبو البركات في تعليقه عن القاضي في خلافه أيضاً.

ومنها: الرد بالعيب وفي رد النماء فيه روايتان: أشهرهما: أنه لا يرد كالكسب ونقل ابن منصور عن أحمد كلاماً يدل على أن اللبن وحده يرد عوضه لحديث المصراة ونقل عنه ابن منصور أيضاً أنه ذكر له قول سفيان في رجل باع ماشية أو شاة فولدت أو نخلأ لها ثمرة فوجد بها عيباً أو استحق أخذ منه قيمة الثمرة وقيمة الولد إن كان أحدث فيهم شيئاً أو كان باع أو استهلك فإن كان مات أو ذهب به الريح فليس عليه شيء قال أحمد: كما قال، وهذا يدل على أن النماء المنفصل يرده مع وجوده ويرد عوضه مع تلفه إن كان تلف بفعل المشتري وإن كان تلف بفعل الله تعالى لم يضمن لأن المشتري لم يدخل على ضمانه فيكون كالأمانة عنده وأما إذا ما انتفع به فإنه يستقر الضمان عليه فيرد عوضه كما دل عليه حديث المصراة وكما نقول في المتهب من الغاصب أنه إذا انتفع بالموهوب فأنلفه استقر الضمان عليه وحمل القاضي هذه الرواية على أن البائع كان قد دلس العيب وإن كان النماء موجوداً حال العقد ولكن المنصوص عن أحمد في المدلس أنه يرجع بالثمن وإن تلف المبيع إلا أن نصه في صورة الإباق وهو تلف بغير فعل المشتري وأطلق الأكثرون ذلك من غير تفصيل بين أن يتلف بفعله أو بفعل غيره لأنه سطره على إتلافه بتغيره فلا يستقر عليه الضمان كما يرجع المغرور في النكاح بالمهر.

وحكى طائفة من المتأخرين رواية أخرى أنه لا يرجع مع التلف بل يأخذ الأرض ورجحه أبو الخطاب في انتصاره وصاحب المعني وهذا تفصيل بين أن يكون التلف بانتفاعه أو بفعل الله تعالى كما حمل القاضي عليه، رواية ابن منصور أصح، وهو ظاهر كلام أبي بكر وبذلك أجاب عن حديث المصراة، وكذلك أجاب القاضي في خلافه. ويمكن أن يقال مثل ذلك في النماء الحادث إذا رد يعيب على القول برده كما حملنا عليه رواية ابن منصور أولاً، والله أعلم.

ومنها: فسح البائع لإفلاس المشتري بالثمن هل يتبعه النماء المنفصل؟ فيه روايتان^(١):

(١) المنصوص: أنه يرجع بالنماء المنفصل فلا يكون الخيار. النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر (١/٢٦٤).

إحداهما: يَتَّبِعُ وَهِيَ الْمَرْجَحَةُ عِنْدَ الْقَاضِي فِي الْخِلَافِ وَابْنُ عَقِيلٍ وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ حَنْبَلٍ فِيمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً أَوْ دَابَّةً فَوَلَدَتْ ثُمَّ أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي رَجَعَتْ إِلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّهَا مَالُ الْبَائِعِ وَقَدْ اسْتَحَقَّهَا وَوَلَدَهَا وَهَكَذَا ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ، وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ لَفْظَ هَذِهِ الرُّوَايَةِ أَنَّ أَحْمَدَ ذَكَرَ لَهُ قَوْلَ مَالِكٍ فِيمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً أَوْ دَابَّةً فَوَلَدَتْ ثُمَّ أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي أَنَّ الْجَارِيَةَ وَالْدَابَّةَ وَوَلَدَهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَرْغَبَ الْغُرَمَاءُ فِي ذَلِكَ فَيُعْطَوْهُ حَقَّهُ كَامِلًا وَيُمْسِكُونَ ذَلِكَ فَقَالَ أَحْمَدُ تَرْجِعْ إِلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّهَا مَالُهُ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى غَيْرِ الرَّجُوعِ فِي الْجَارِيَةِ أَوْ الدَّابَّةِ. وَإِنَّمَا الْقَائِلُ بِالرَّجُوعِ فِي الْوَلَدِ مَالِكٌ وَلَيْسَ فِي كَلَامِ أَحْمَدَ مُوَافَقَةٌ لَهُ وَأَبُو بَكْرٍ كَثِيرًا مَا يَقُولُ كَلَامَ أَحْمَدَ بِالْمَعْنَى الَّتِي يَفْهَمُ مِنْهُ فَيَقَعُ فِيهِ تَغْيِيرٌ شَدِيدٌ وَوَقَعَ لَهُ مِثْلُ هَذَا فِي كِتَابِ زَادِ الْمُسَافِرِ كَثِيرًا مَعَ أَنَّ ابْنَ أَبِي مُوسَى وَغَيْرَهُ تَأَوَّلُوا الرَّجُوعَ بِالْوَلَدِ عَلَى أَنَّهُ كَانَ مُوجُودًا فِي عَقْدِ الْبَيْعِ حَمَلًا، وَاخْتَارَ هُوَ وَابْنُ حَامِدٍ أَنَّهَا لِلْمُفْلِسِ لِأَنَّهَا نَمَتْ فِي مِلْكِهِ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخُرَقِيِّ وَكَذَلِكَ صَحَّحَهُ الْقَاضِي فِي الْمَجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ.

وَمِنْهَا: اللَّقْطَةُ إِذَا جَاءَ مَالُكُهَا وَقَدْ^(١) نَمَتْ نَمَاءً مُتَفَصِّلًا فَهَلْ يَسْتَرِدُّهُ مَعَهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ خَرَجَهُمَا الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ مِنَ الْمُفْلِسِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ وَيَحْتَمِلُ الرَّجُوعُ هُنَا بِالزِّيَادَةِ الْمُتَفَصِّلَةِ وَجْهًا وَاحِدًا لِأَنَّ تَمَلُّكَهَا إِنَّمَا كَانَ مُسْتَنَدًا إِلَى فَقْدِ رَبِّهَا فِي الظَّاهِرِ وَقَدْ تَبَيَّنَ خِلَافُهُ فَانْفَسَخَ الْمِلْكُ مِنْ أَصْلِهِ لِظُهُورِ الْخَطَأِ فِي مُسْتَنَدِهِ وَوَجِبَ الرَّجُوعُ بِمَا وَجَدَهُ مِنْهَا قَائِمًا، وَهَذَا [هُوَ] الَّذِي ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَذَكَرَ أَصْلًا مِنْ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي طَبَرَةِ فَرَحَتْ عِنْدَ قَوْمٍ أَنَّهُمْ يَرُدُّونَ فِرَاحَهَا.

وَمِنْهَا: رُجُوعُ الْأَبِ فِيمَا وَهَبَهُ لَوَلَدِهِ إِذَا كَانَ قَدْ نَمَا نَمَاءً مُتَفَصِّلًا هَلْ يَسْتَرِدُّهُ مَعَهُ أَمْ لَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَهَبَ الْمَرِيضُ جَمِيعَ مَالِهِ فِي مَرَضِهِ وَنَمَا نَمَاءً مُتَفَصِّلًا [وَمَاتَ] وَلَمْ يُجْزِ الْوَرَثَةُ فَذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَنَّ الْمَوْهُوبَ لَهُ يَمْلِكُهُ بِالْقَبْضِ وَجَازَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ إِجْمَاعًا وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لِلْوَرَثَةِ حَقُّ الْفَسْخِ فِيمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ وَإِذَا جَازَ وَأَسْقَطَ حَقُّهُمْ مِنَ الْفَسْخِ فَعَلَى هَذَا يَتَخَرَّجُ فِي اسْتِزْجَاعِ النَّمَاءِ وَجْهَانِ أَظْهَرُهُمَا أَنَّ النَّمَاءَ لِلْمَتَّهِبِ إِلَى حِينَ الْفَسْخِ نَبَهَ عَلَى هَذَا الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ وَالْمَعْرُوفُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ الْهَبَةَ تَقَعُ مُرَاعَاةً فَلَا يَتَبَيَّنُ مِلْكُهَا إِلَّا حِينَ خُرُوجِهَا مِنَ الثَّلْثِ عِنْدَ الْمَوْتِ وَإِنْ خَرَجَ بَعْضُهَا فَلَهُ مِنْهَا مِقْدَارُ الثَّلْثِ

(١) إِذَا جَاءَ بَعْدَ تَمَلُّكِهَا وَقَدْ تَلَفَتْ كَانَ لَهُ الْمَثَلُ فِي الْمَثَلِيِّ وَالْقِيَمَةُ فِي الْمَتَقَوْمِ. الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ (١/٣٥٩).

وَيَتَّبِعُهُ نَمَؤُهُ وَالزَّكَاةُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْإِجَازَةِ هَلْ هِيَ تَنْفِيذٌ أَوْ هِيَ عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ.

وَمِنْهَا: إِذَا عَادَ الصَّدَاقُ أَوْ نِصْفُهُ إِلَى الزَّوْجِ قَبْلَ الدُّخُولِ بِطَلَاقٍ أَوْ فُسْخٍ وَقَدْ نَمَا عِنْدَ الزَّوْجَةِ نَمَاءٌ مُتَفَصِّلًا فَهَلْ يَرْجِعُ بِنَمَائِهِ أَوْ نِصْفِهِ الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِهِ وَنَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ وَصَالِحٍ نَقَلَ عَنْهُ ابْنُ مَتَّصُورٍ أَنَّهُ ذَكَرَ لَهُ قَوْلُ سُفْيَانَ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى خَادِمَةٍ ثُمَّ زَوَّجَهَا غُلَامًا فَوَلَدَتْ أَوْلَادًا، فَطَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا فَلَهَا نِصْفُ قِيمَتِهَا وَقِيمَةُ وَلَدِهَا، قَالَ أَحْمَدُ: جَيِّدٌ وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي مَعْنَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ عَلَى طَرِيقَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ مَسْلُكُ الْقَاضِي أَنَّهُا تَدُلُّ عَلَى أَنَّ الزَّوْجَةَ إِنَّمَا مَلَكَتْ بِالْعَقْدِ نِصْفَ الصَّدَاقِ فَيَكُونُ لَهَا نِصْفُ نَمَائِهِ وَجَعَلَ قَوْلُهُ: وَقِيمَةُ وَلَدِهَا مَجْرُورًا بِالْعَطْفِ عَلَى قَوْلِهِ: نِصْفُ قِيمَتِهَا أَيْ وَنِصْفُ قِيمَةِ وَلَدِهَا. قَالَ: وَذَكَرُ الْقِيَمَةِ هَهُنَا مَحْمُولٌ عَلَى التَّرَاضِي عَلَيْهَا أَوْ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ نِصْفُ الْأُمِّ وَنِصْفُ الْوَلَدِ وَلَمْ يَرِدِ الْقِيَمَةُ وَهَذَا الْمَسْلُكُ ضَعِيفٌ جِدًّا أَوْ فِي تَمَامِ النَّصْفِ مَا يُبْطِلُهُ وَهُوَ قَوْلُ أَحْمَدَ فَإِنْ أَعْتَقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا لَا يَجُوزُ عِتْقُهَا لِأَنَّهَا مِنْ حِينَ تَزَوَّجَهَا وَجِبَتْ لَهَا الْجَارِيَةُ وَهَذَا تَصْرِيحٌ بِأَنَّهَا مَلَكَتْ الْأُمَّةَ كُلَّهَا بِالْعَقْدِ إِذْ لَوْلَا ذَلِكَ لَعَتَقَ نِصْفُهَا بِالْمِلْكِ وَسَرَى عِتْقُهَا إِلَى الْبَاقِي مَعَ الْيَسَارِ وَكَذَلِكَ سَلَكَ أَبُو بَكْرٍ فِي زَادِ الْمُسَافِرِ وَابْنُ أَبِي مُوسَى فِي تَخْرِيجِ هَذَا النَّصِّ وَبَيْنَاهُ عَلَى أَنَّ الْمَرْأَةَ لَمْ تَمْلِكْ بِالْعَقْدِ إِلَّا النَّصْفَ ثُمَّ خَرَجَ أَبُو بَكْرٍ لِأَحْمَدَ قَوْلًا آخَرَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى قَوْلِهِ تَمْلِكُ الصَّدَاقُ كُلَّهُ بِالْعَقْدِ أَنَّ الْأَوْلَادَ وَالنَّمَاءَ لَهَا وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ قِيمَةِ الْأُمِّ دُونَ الْأَوْلَادِ يَعْنِي الزَّوْجَ، قَالَ: وَبِهِ أَقُولُ وَهُوَ اخْتِيَارُ صَاحِبِ الْمَغْنِيِّ أَيْضًا فَرَأَا مِنْ التَّفْرِيقِ بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا فِي بَعْضِ الزَّمَانِ وَأَمَّا ابْنُ أَبِي مُوسَى فَإِنَّهُ خَرَجَ وَجْهًا عَلَى الْقَوْلِ بِمِلْكِ الصَّدَاقِ كُلِّهِ بِالْعَقْدِ أَنَّ الْوَلَدَ لِلْمَرْأَةِ لِحُدُوثِهِ فِي مِلْكِهَا وَلَهَا نِصْفُ قِيمَةِ الْأُمِّ فَجَعَلَ لِلزَّوْجَةِ الْقِيَمَةَ كَمَا فِي نَصِّ أَحْمَدَ وَهَذَا الْوَجْهُ ضَعِيفٌ جِدًّا حَيْثُ تَضَمَّنَ التَّفْرِيقَ بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا بِغَيْرِ الْعِتْقِ وَمَنْعَ الزَّوْجَةَ مِنْ أَخْذِ نِصْفِ الْأُمَّةِ وَهُوَ أَقْرَبُ إِلَى عَدَمِ التَّفْرِيقِ مِنْ أَخْذِ نِصْفِ الْقِيَمَةِ، وَعِنْدَ الْقَاضِي إِذَا قِيلَ: إِنَّ الْوَلَدَ كُلَّهُ لَهُ فَلِلزَّوْجِ نِصْفُ قِيمَةِ الْأُمِّ صَرَحَ بِهِ فِي الْمُجَرَّدِ، وَقَالَ فِي الْخِلَافِ يَرْجِعُ بِنِصْفِ الْأُمَّةِ.

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي: فِي مَعْنَى الرِّوَايَةِ أَنَّهُا تَدُلُّ عَلَى أَنَّ النَّمَاءَ الْمُتَفَصِّلَ يَرْجِعُ بِهِ الزَّوْجُ بِالْفُرْقَةِ تَبَعًا لِلْأَصْلِ، وَهَذَا مَسْلُكُ جَمَاعَةٍ مِنْهُمْ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ لِكَيْتُهُ اسْتَشْكَلَ إِجْبَابَ الْقِيَمَةِ دُونَ الْمُعَيَّنِ وَقَالَ لَا أَدْرِي هَلْ هُوَ لِنَقْصِ الْوِلَادَةِ أَوْ لِغَيْرِ ذَلِكَ فَإِنَّ أَحْمَدَ جَعَلَ لِلْمَرْأَةِ نِصْفَ قِيمَةِ الْأُمَّةِ وَنِصْفَ قِيمَةِ الْوَلَدِ لِأَجْلِ حَقِّ الزَّوْجِ فَبُطِّلَ فِي نِصْفِ الْأُمَّةِ وَوَلَدِهَا وَلَيْسَ ذَلِكَ بِأَوَّلَى مِنَ الْعَكْسِ. وَقَدْ يُجَابُ عَنْ ذَلِكَ بِأَنَّ الْبَطْلَانَ يَرْجِعُ بِهِ نِصْفُ الْأُمَّةِ إِلَى الزَّوْجِ

فَهَرَا كَالْمِيرَاثِ لِأَنَّهُ بَاقٍ بِعَيْنِهِ لَا سِيَمًا وَالْأَمْثَلُ الْفَهْرَةُ يُمْلِكُ بِهَا مَا لَا يُمْلِكُ بِالْعُقُودِ
الِاخْتِيَارِيَّةِ فَلَا يُجْبَرُ الزَّوْجُ بَعْدَ ذَلِكَ عَلَى اخْتِيارِهِ بَلْ يَتَعَيَّنُ تَكْمِيلُ الْمَلِكِ لَهُ فِي الْأُمِّ
وَالْوَلَدِ حَذَرًا مِنَ التَّقْرِيقِ الْمُحَرَّمِ. وَيُشَبَّهُ هَذَا مَا قَالَهُ الْخَرَقِيُّ فِيمَا إِذَا كَانَ الصَّدَاقُ أَرْضًا
فَنَبَتْ فِيهِ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ أَنَّ الزَّوْجَ يَرْجِعُ بِنَصْفِ الْأَرْضِ وَيَتَمَلَّكُ عَلَيْهَا الْبِنَاءَ الَّذِي
فِيهِ بِالْقِيَمَةِ لَكِنْ أَحْمَدُ فِي تَمَامِ هَذَا النَّصِّ بِعَيْنِهِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ذَكَرَ مَسْأَلَةَ الْبِنَاءِ وَصَبَغَ
التُّوبِ وَقَالَ لِلزَّوْجِ نِصْفُ الْقِيَمَةِ لِأَنَّهُ اسْتَهْلَكَ فَفَرَّقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَرْأَةُ وَصَلَتْ الصَّدَاقُ
بِمَالِهَا عَلَى وَجْهِ لَا يَنْفَصِلُ عَنْهُ إِلَّا بِضَرَرٍ عَلَيْهَا وَيَبْنَى أَنْ يَكُونَ بَاقِيًا بِعَيْنِهِ فِي الْأَوَّلِ يَتَعَيَّنُ
لِلزَّوْجِ نِصْفُ الْقِيَمَةِ لِاخْتِلَاطِ الْمَالَيْنِ وَفِي الثَّانِي يَرْجِعُ بِنِصْفِ الْعَيْنِ لِبَقَائِهَا بِحَالِهَا وَإِنَّمَا
جَاءَ الْإِجْبَارُ عَلَى تَكْمِيلِ الْمَلِكِ [لِلْمَانِعِ] الشَّرْعِيِّ مِنَ التَّقْرِيقِ وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي فِي مَعْنَى
رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ طَرِيقٌ ثَالِثٌ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ أَرَادَ [أَحْمَدُ] أَنَّ لِلزَّوْجَةِ نِصْفَ قِيَمَةِ الْأُمِّ وَلَهَا
قِيَمَةٌ وَلَدِهَا كَامِلَةٌ لِأَنَّ الْوَلَدَ نِمَاءً تَخْتَصُّ بِهِ الزَّوْجَةُ وَقَدْ عَادَ إِلَى الزَّوْجِ نِصْفُ الْأُمِّ فَيُجْبَرُ
الزَّوْجُ عَلَى اخْتِيارِهِ نِصْفَ قِيَمَةِ الْأُمِّ وَقِيَمَةِ الْوَلَدِ بِكَمَالِهَا حَذَرًا مِنَ التَّقْرِيقِ، وَلَعَلَّ هَذَا أَظْهَرَ
مِمَّا قَبْلَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَمِنْهَا: مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ الَّذِي اسْتَوْلَى [عَلَيْهِ] الْكُفَّارُ مِنَ الْمَغْنَمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَقَدْ نَمَا
نِمَاءً مُتَفَصِّلًا، فَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَمْلِكْهُ الْكُفَّارُ بِالِاسْتِيلَاءِ فَهُوَ لَهُ بِنِمَائِهِ وَإِنْ قُلْنَا: مَلَكَهُ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ
فِيهِ وَهَلْ يَرْجِعُ بِنِمَائِهِ؟ يَخْرُجُ عَلَى وَجْهَيْنِ كِبَائِعِ الْمُفْلِسِ لِأَنَّ حُقُوقَ الْغَانِمِينَ مُتَعَلِّقَةٌ
بِالنَّمَاءِ كَتَعَلُّقِ حُقُوقِ غُرَمَاءِ الْمُفْلِسِ بِأَحْوَالِهِ وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ أُمَةً
فَوُطِّئَتْ الْحَرْبِيُّ وَوُلِدَتْ مِنْهُ أَنَّ الْوَلَدَ غَنِيمَةٌ لَا يَرْجِعُ بِهِ الْمَالِكُ لِأَنَّهُ حَدَثَ فِي مِلْكِ الْحَرْبِيِّ
الْوَاطِئِ فَانْعَقَدَ حُرًّا لَكِنْ هَذَا قَدْ يَخْتَصُّ بِاسْتِيلَادِ الْمَالِكِ لَهَا فَإِنْ وَلَدَتْ يَنْعَقَدُ حُرًّا وَإِنَّمَا يَطْرَأُ
عَلَيْهِ الرُّقُّ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَا يَكُونُ مِنْ نِمَائِهَا بِخِلَافِ مَا لَوْ زَوَّجَهَا فَوُلِدَتْ مِنَ الزَّوْجِ فَإِنَّهُ يَكُونُ
مِنْ نِمَائِهَا لِانْعِقَادِهِ رَقِيقًا.

وَقَدْ سِئِلَ أَحْمَدُ عَنْ عَبْدِ الْمُسْلِمِ إِذَا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ رَجَعَ وَمَعَهُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ
فَتَوَقَّفَ فِي مُسْتَحَقِّ الْمَالِ الَّذِي مَعَهُ، وَقَالَ مَرَّةً: هُوَ لِلْمُسْلِمِينَ وَأَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ لِلسَّيِّدِ وَعَلَّلَ
بِأَنَّ الْعَبْدَ لَيْسَ لَهُ غَنِيمَةٌ. قَالَ الْخَلَّالُ: وَهَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا غَنِيمَةَ لَهُ وَحَمَلَهُ
الْقَاضِي عَلَى أَنَّ مَا يَأْخُذُهُ الْوَاحِدُ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ يَكُونُ فَيْتًا، قَالَ: وَأَمَّا إِنْ قُلْنَا: هُوَ لِأَخِيذِهِ
فَهُوَ هُنَا لِلْسَّيِّدِ.

فصل:

وَأَمَّا الْحُقُوقُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِالْأَعْيَانِ مِنْ غَيْرِ عَقْدٍ وَلَا فسخٍ فَإِنْ كَانَتْ مُلْكًا فَهَرِيًّا فَحُكْمُهُ حُكْمُ سَائِرِ التَّمْلُكَاتِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُلْكًا فَإِنْ كَانَتْ حَقًّا لَا زِمًا لَا يُمَكِّنُ إِبْطَالُهُ بِوَجْهِ كَحَقِّ الاستِيلادِ وَسَرَى حُكْمُهُ إِلَى الْأَوْلَادِ دُونَ الْأَكْسَابِ لِبَقَاءِ مُلْكِ مَالِكِهِ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ لازمٍ بَلْ يُمَكِّنُ إِبْطَالُهُ إِمَّا بِاخْتِيَارِ الْمَالِكِ أَوْ بِرِضَى الْمُسْتَحِقِّ لَمْ يَتَّبِعِ النَّمَاءُ فِيهِ الْأَصْلَ بِحَالٍ وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الْأَمَةُ الْجَانِيَةُ لَا تَعْلُقُ الْجِنَايَةَ بِأَوْلَادِهَا وَلَا أَكْسَابِهَا لِأَنَّ حَقَّ الْجِنَايَةِ لَيْسَ بِالْقَوِي، وَلِهَذَا لَمْ يُنَمَّعِ التَّصَرُّفُ عِنْدَنَا وَلِأَنَّ حَقَّ الْجِنَايَةِ تَعْلُقُ بِالْجِنَايَةِ لِصُدُورِ الْجِنَايَةِ مِنْهَا وَهَذَا مَفْقُودٌ فِي وَلَدِهَا وَكَسْبِهَا مُلْكٌ لِلْسَيِّدِ بِخِلَافِ الْمُكَاتَبَةِ.

وَمِنْهَا: تَرَكَهُ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ إِذَا تَعْلَقَ بِهَا حَقُّ الْغُرْمَاءِ بِمَوْتِهِ فَإِنْ قِيلَ: هِيَ بَاقِيَةٌ عَلَى حُكْمِ مُلْكِ الْمَيِّتِ تَعْلُقُ حَقُّ الْغُرْمَاءِ بِالنَّمَاءِ أَيْضًا كَالْمَرْهُونِ كَذَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي كِتَابِ الْفِسْمَةِ وَيَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ: إِنْ قُلْنَا: إِنَّ تَعْلُقَ الدَّيْنِ بِالتَّرَكَةِ تَعْلُقُ رَهْنٌ يُنَمَّعُ التَّصَرُّفُ فِيهِ فَلَا مَرَّ كَذَلِكَ وَإِنْ قُلْنَا: تَعْلُقُ جِنَايَةٌ لَا يُنَمَّعُ التَّصَرُّفُ فَلَا يَتَعْلَقُ بِالنَّمَاءِ، وَأَمَّا إِنْ قُلْنَا: لَا تَنْتَقِلُ التَّرَكَةُ إِلَى الْوَرَّةِ بِمُجَرَّدِ الْمَوْتِ لَمْ تَتَعْلَقْ حُقُوقُ الْغُرْمَاءِ بِالنَّمَاءِ إِذْ هُوَ تَعْلُقٌ فَهَرِيٌّ كَالْجِنَايَةِ كَذَا ذَكَرَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ. وَخَرَجَ الْأَمِدِيُّ وَصَاحِبُ الْمُعْنِيِّ تَعْلُقَ الْحَقِّ بِالنَّمَاءِ مَعَ الْإِنْتِقَالِ أَيْضًا كَتَعْلُقِ الرَّهْنِ وَيَقْوَى هَذَا عَلَى قَوْلِنَا إِنَّ التَّعْلُقَ تَعْلُقُ رَهْنٍ وَقَدْ بَيَّنَّنِي ذَلِكَ عَلَى أَصْلِ آخَرٍ وَهُوَ أَنَّ الدَّيْنَ هَلْ هُوَ بَاقٍ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ أَوْ انْتَقَلَ إِلَى ذِمَّةِ الْوَرَّةِ أَوْ هُوَ مُتَعْلِقٌ بِأَعْيَانِ التَّرَكَةِ لَا غَيْرَ، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ الْأَوَّلُ قَوْلُ الْأَمِدِيِّ وَأَبْنِ عَقِيلٍ فِي الْفُتُونِ وَصَاحِبِ الْمُعْنِيِّ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ فِي مَسْأَلَةِ ضَمَانِ دَيْنِ الْمَيِّتِ.

وَالثَّانِي: قَوْلُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَأَبِي الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ وَأَبْنِ عَقِيلٍ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ [كَذَلِكَ] قَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ لِكِنَّهُ خَصَّهُ بِحَالِهِ تَأْجِيلِ الدَّيْنِ لِمُطَالَبَةِ الْوَرَّةِ بِالتَّوَثُّعِ وَالثَّلَاثُ قَوْلُ ابْنِ أَبِي مُوسَى فَيَتَوَجَّهُ عَلَى قَوْلِهِ أَنَّ لَا يَتَعْلَقُ الْحُقُوقُ بِالنَّمَاءِ إِذْ هُوَ لَتَعْلُقُ الْجِنَايَةَ وَعَلَى الْأَوَّلَيْنِ يَتَوَجَّهُ تَعْلُقُهَا بِالنَّمَاءِ كَالرَّهْنِ وَقَدْ يُقَالُ: لَا يَتَعْلَقُ حُقُوقُ الْغُرْمَاءِ بِالنَّمَاءِ إِذَا قُلْنَا: تَنْتَقِلُ التَّرَكَةُ إِلَى الْوَرَّةِ بِكُلِّ حَالٍ إِلَّا أَنْ نَقُولَ: إِنَّ الدَّيْنَ فِي ذِمَّتِهِمْ لِأَنَّ تَبْعِيَّةَ النَّمَاءِ فِي الرَّهْنِ إِمَّا يُحْكَمُ بِهِ إِذَا كَانَ النَّمَاءُ مُلْكًا لِمَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ فَأَمَّا إِنْ كَانَ مُلْكًا لِغَيْرِهِ لَمْ يَتَّبِعْ كَمَا لَوْ رَهَنَ الْمُكَاتَبَ سَيِّدُهُ فَإِنَّ كَسْبَهُ لَا يَكُونُ دَاخِلًا فِي الرَّهْنِ لِأَنَّهُ عَلَى

مِلْكِ الْمَكَاتِبِ فَكَذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ: فِيمَنْ تُجْزِيهِ شَيْئًا لِيَرَهَنَهُ فَرَهَنَهُ أَنَّ النَّمَاءَ لَا يَدْخُلُ فِي الرَهْنِ لِذَلِكَ وَقَدْ يُقَالُ التَّرَكَةُ تَعْلَقُ الْحَقَّ تَعْلَقًا قَهْرِيًّا مَعَ انْتِقَالِ مِلْكِهَا إِلَى الْوَرِثَةِ فَكَذَلِكَ نَمَائُهَا. وَيَجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ التَّعْلُقَ حَالَةَ الْانْتِقَالِ إِنَّمَا ثَبَتَ بِضَعْفِ الْمَانِعِ مِنْهُ حَيْثُ اقْتِرَانُ التَّعْلُقِ وَمَانِعُهُ وَهُوَ الْانْتِقَالُ، فَأَمَّا بَعْدَ الْانْتِقَالِ وَاسْتِقْرَارِ الْمِلْكِ فِيهِ فَلَا يَتَعْلَقُ لِسَبْقِ الْمَانِعِ وَاسْتِقْرَارِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَأَمَّا تَعْلُقُ الضَّمَانِ بِالْأَعْيَانِ لِلتَّعَدِّيِّ فَيَتَّبِعُ فِيهِ النَّمَاءُ الْمُتَفَصِّلُ إِذَا كَانَ دَاخِلًا تَحْتَ الْيَدِ الْعُدْوَانِيَّةِ:

فَمِنْ ذَلِكَ: الْغَضَبُ يُضْمَنُ فِيهِ النَّمَاءُ الْمُتَفَصِّلُ عَلَى الْمَذْهَبِ وَلَمْ يَحْكُ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي ضَمَانِهِ خِلَافًا مَعَ حِكَايَتِهِ الْخِلَافَ فِي الْمُتَفَصِّلِ وَلَا يَطْهَرُ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا فَالْتَّخْرِيجُ مُتَوَجِّهٌ بَلْ قَدْ يُقَالُ: ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ الَّتِي سَقْنَاهَا فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ تَدُلُّ عَلَى عَدَمِ الضَّمَانِ حَيْثُ سَرَى بَيْنَ ظَهْوَرِ الْعَيْنِ وَبَيْنَ الْاسْتِحْقَاقِ.

وَمِنْهُ: الْأَمَانَاتُ، إِذَا تَعَدَّى فِيهَا ثُمَّ نَمَتْ فَإِنَّهُ يَتَّبِعُهَا فِي الضَّمَانِ وَمِنْهُ صَيْدُ الْحَرَمِ وَالْإِحْرَامُ يُضْمَنُ نَمَائُوهُ الْمُتَفَصِّلُ إِذَا دَخَلَ تَحْتَ الْيَدِ الْحَسِيَّةِ وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ تَحْتَ الْيَدِ لَكِنَّهُ هَلَكَ بِسَبَبِ إِمْسَاكِ الْأُمِّ فِيهِ خِلَافٌ مَشْهُورٌ.

تَنْبِيْهُ: اضْطَرَبَ كَلَامُ الْأَصْحَابِ فِي الطَّلْعِ وَالْحَمْلِ هَلْ هُمَا زِيَادَةٌ مُتَفَصِّلَةٌ أَوْ مُتَصِلَةٌ؟ أَمَّا الطَّلْعُ فَلِلْأَصْحَابِ فِيهِ طَرُقٌ أَحَدُهَا أَنَّهُ زِيَادَةٌ مُتَصِلَةٌ سَوَاءٌ أَبَرَّ أَوْ لَمْ يُؤَبَّرْ وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي كِتَابِ الصَّدَاقِ وَأَنَّ الزَّوْجَ يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِهِ إِذَا بَدَلَتْهَا الزَّوْجَةُ بِكُلِّ حَالٍ وَكَذَا ذَكَرَ صَاحِبُ الْكَافِي فِي كِتَابِ الصَّدَاقِ وَجَعَلَ كُلَّ ثَمَرَةٍ عَلَى شَجَرِهَا زِيَادَةً مُتَصِلَةً وَصَرَّحَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ فِي بَابِ الْغَضَبِ بِأَنَّ الزِّيَادَةَ الْمُتَصِلَةَ الَّتِي يُمَكِّنُ إِفْرَادُهَا كَصَبْغِ الثَّوْبِ وَتَزْوِيقِ الدَّارِ وَالْمَسَامِيرِ هَلْ يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِهَا؟ يُخْرَجُ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَصَحُّهُمَا: يُجْبَرُ وَهُوَ قَوْلُ الْخَرَقِيِّ فِي الصَّدَاقِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ زِيَادَةٌ مُتَفَصِّلَةٌ بِكُلِّ حَالٍ أَبَرَّ أَوْ لَمْ يُؤَبَّرْ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ فَصْلَهُ وَإِفْرَادَهُ بِالْبَيْعِ كَذَا أَطْلَقَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ أَيْضًا فِي مَوْضِعٍ مِنَ التَّقْلِيلِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَصَرَّحَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ بِإِبْدَائِهِ احْتِمَالًا وَحَكَاهُ فِي الْكَافِي عَنْ ابْنِ حَامِلٍ.

الثَّالِثُ: أَنَّ الْمُؤَبَّرَ زِيَادَةٌ مُتَفَصِّلَةٌ وَغَيْرَ الْمُؤَبَّرَ زِيَادَةٌ مُتَصِلَةٌ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ أَيْضًا فِي التَّقْلِيلِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَذَكَرَ أَنَّهُ مَنْصُوصٌ عَنْ أَحْمَدَ اعْتِبَارًا بِالتَّبَعِيَّةِ فِي

الْبَيْعِ وَعَدَمِهَا.

الرابع: أَنَّ غَيْرَ الْمُؤَبَّرِ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ بِغَيْرِ خِلَافٍ وَفِي الْمُؤَبَّرِ وَجْهَانِ وَهَذِهِ طَرِيقَةُ صَاحِبِ التَّرْغِيبِ فِي الصَّدَاقِ.

والخامس: أَنَّ الْمُؤَبَّرَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ وَجْهًا وَاحِدًا وَفِي غَيْرِ الْمُؤَبَّرِ وَجْهَانِ وَاخْتَارَ ابْنُ حَامِدٍ أَنَّهَا مُتَّصِلَةٌ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْكَافِي فِي التَّقْلِيدِ. وَأَمَّا الْحَمَلُ فَقَالَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي الصَّدَاقِ: هُوَ زِيَادَةٌ، قَالَ الْقَاضِي: وَيَجِبُ الزَّوْجُ عَلَى قَبُولِهَا إِذَا بَدَلَتْهَا الْمَرْأَةُ وَخَالَفَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْأَدِمِّيَّاتِ لِأَنَّ الْحَمَلُ فِيهِ نَقْصٌ مِنْ جِهَةٍ وَزِيَادَةٌ مِنْ جِهَةٍ بِخِلَافِ الْبَهَائِمِ فَإِنَّهُ فِيهَا زِيَادَةٌ مُحْضَةٌ. وَقَالَ الْقَاضِي فِي التَّقْلِيدِ: يَنْبَنِي عَلَى أَنَّ الْحَمَلَ هَلْ لَهُ حُكْمٌ أَمْ لَا؟ فَإِنْ قُلْنَا: لَهُ حُكْمٌ فَهُوَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ وَإِلَّا فَهُوَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ كَالسَّمَنِ وَفِي التَّلْخِيصِ الْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَتَّبِعُ فِي الرُّجُوعِ كَمَا يَتَّبِعُ فِي الْبَيْعِ وَالْحَبِّ إِذَا صَارَ زَرْعًا وَالْبَيْضَةُ إِذَا صَارَتْ فَرْخًا فَكَثُرَ الْأَصْحَابُ عَلَى أَنَّهَا دَاخِلَةٌ فِي النَّمَاءِ الْمُتَّصِلِ كَذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي الْفَلَسِ وَالْغَضَبِ، وَذَكَرَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ وَجْهًا آخَرَ وَصَحَّحَهُ أَنَّهُ مِنْ بَابِ تَغْيِيرٍ بِمَا يُزِيلُ الْأِسْمَ لِأَنَّ الْأَوَّلَ اسْتِحْوَاحًا وَكَذَا ابْنُ عَقِيلٍ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ.

وفِي الْمُجَرَّدِ: وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ بَيْضَةً فَصَارَتْ فَرْوَجًا أَوْ حَبًّا فَصَارَ سُبُلًا أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ بِأَكْلِهِ لِرُوَالِ الْأِسْمِ، وَهَذَا إِنَّمَا يَتَوَجَّهُ عَلَى قَوْلِ ابْنِ عَقِيلٍ فِي مَسْأَلَةِ تَعَارُضِ الْأِسْمِ وَالتَّعْيِينِ فَأَمَّا عَلَى الْمَشْهُورِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَحْنَثَ بِهِ جَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَكَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ كَمَا لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ هَذَا التَّمْرَ فَصَارَ دَبْسًا وَقَدْ تَفَرَّقَ فِي مَسْأَلَةِ الْبَيْضَةِ بَقَاءُ حَلَاوَةِ التَّمْرِ وَلَوْ نَهَى فِي الدَّبْسِ بِخِلَافِ الْفَرْوَجِ.

وَلَوْ اشْتَرَى بَيْضَةً فَوَجَدَ فِيهَا فَرْوَجًا فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ نَصَّ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ، وَهُوَ يَشْهَدُ لِلْقَوْلِ بِأَنَّ الْبَيْضَ وَالْفَرْوَجَ عَيْنَانِ مُتَغَايِرَانِ كَمَا إِذَا تَبَايَعَا دَابَّةً يَطْنَانِ بِأَنَّهَا حِمَارٌ فَإِذَا هِيَ فَرَسٌ، وَالْقَصِيلُ إِذَا صَارَ سُبُلًا فَهُوَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ وَإِذَا اشْتَدَّ الْحَبُّ فَلَيْسَ بَعْدَهُ زِيَادَةٌ لَا مُتَّصِلَةٌ وَلَا مُتَّفَصِّلَةٌ ذَكَرَهُ الْقَاضِي.

* * *

القاعدة الثالثة والثمانون:

إِذَا انْتَقَلَ الْمَلِكُ عَنِ التَّخْلَةِ بِعَقْدٍ أَوْ فَسَخَ يَتَّبِعُ فِيهِ الزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ دُونَ الْمُتَّفَصِّلَةِ أَوْ بِإِنْتِقَالِ اسْتِحْقَاقٍ فَإِنْ كَانَ فِيهِ طَلْعٌ مُؤَبَّرٌ لَمْ يَتَّبِعْهُ فِي الْإِنْتِقَالِ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُؤَبَّرٍ تَبِعَهُ كَذَا قَالَ

القاضي في كتاب التَّقْلِيلِ مِنَ الْمُجَرَّدِ، وَقَالَ: سَوَاءٌ كَانَ الْإِنْتِقَالُ بِعَوَضٍ اخْتِيَارِيٍّ كَالْبَيْعِ وَالصَّلْحِ وَالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ أَوْ بِعَوَضٍ كَالْأَخْذِ بِالشُّقْعَةِ وَرُجُوعِ الْبَائِعِ فِي عَيْنِ مَالِهِ بِالْفَلَسِ وَبَيْعِ الرَّهْنِ بَعْدَ أَنْ أُطْلِعَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ الرَّاهِنِ وَالرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ بِشَرْطِ الثَّوَابِ أَوْ كَانَ الْإِنْتِقَالُ بِغَيْرِ عَوَضٍ سَوَاءٌ كَانَ الْإِنْتِقَالُ اخْتِيَارِيًّا كَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ أَوْ غَيْرِ اخْتِيَارِيٍّ كَالرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ لِلْأَبِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِهِ فِي بَيْعِ الْأَصُولِ وَالشَّارِ أَيْضًا لِأَنَّهُ جَعَلَ الْكُلَّ كَالْبَيْعِ سَوَاءً وَصَرَّحَ بِذَلِكَ صَاحِبُ الْكَافِي فِي الْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ، وَأَمَّا ابْنُ عَقِيلٍ فَإِنَّهُ أَطْلَقَ فِي الْفَسْخِ بِالْإِفْلَاسِ وَالرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ أَنَّ الطَّلْعَ يَتَّبِعُ الْأَصْلَ وَلَمْ يَفْصِلْ وَعَلَّلَ بِأَنَّ الْفَسْخَ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ وَصَرَّحَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ فِي الْبَيْعِ بِأَنَّ الْفَسْخَ يَتَّبِعُ الطَّلْعَ فِيهِ أَصْلُهُ سَوَاءٌ أَتَى أَوْ لَمْ يُؤْتَرِ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مُتَّصِلٌ فَاشْتَبَهَ السَّمْنَ وَصَرَّحَ بِدُخُولِ الْإِقَالَةِ وَالْفَسْخِ بِالْعَيْبِ فِي ذَلِكَ وَهُوَ مُوَافِقٌ لِكَلَامِ الْأَصْحَابِ فِي الصَّدَاقِ وَقَدْ قَدَّمْنَا أَنَّ صَاحِبَ الْمُغْنِيِّ ذَكَرَ احْتِمَالًا فِي الْفَسْخِ بِالْفَلَسِ وَنَحْوِهِ أَنَّهُ لَا يَتَّبِعُ فِيهِ الطَّلْعُ سَوَاءٌ أَتَى أَوْ لَمْ يُؤْتَرِ لِتَمَيِّزِهِ وَإِمْكَانِ إِفْرَادِهِ بِالْعَقْدِ فَهُوَ كَالْمُنْفَصِلِ بِخِلَافِ السَّمَنِ وَنَحْوِهِ، وَهَذَا عَكْسُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْبَيْعِ وَهُوَ مَعَ ذَلِكَ مُوَافِقٌ لِإِطْلَاقِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ أَنَّ الثَّمَرَةَ لَا تُرَدُّ مَعَ الْأَصْلِ بِالْعَيْبِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ وَكَذَا فِي الْفَلَسِ فَتَحَرَّرَ مِنْ هَذَا أَنَّ الْعُقُودَ كَالْبَيْعِ وَالصَّلْحِ وَالصَّدَاقِ وَعَوَضِ الْخُلْعِ وَالْأَجْرَةِ وَالْهَبَةِ وَالرَّهْنِ يُفَرَّقُ فِيهَا بَيْنَ حَالَةِ التَّأْيِيرِ وَعَدَمِهِ. وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الرَّهْنِ فِي رَوَايَةِ مُحَمَّدَ بْنَ الْحَكَمِ إِلَّا أَنَّ فِي الْأَخْذِ فِي الشُّقْعَةِ وَجْهًا آخَرَ سَبَقَ ذِكْرُهُ أَنَّهُ يَقَعُ فِيهِ الْمُؤْتَرُ إِذَا كَانَ فِي حَالِ الْبَيْعِ غَيْرِ مُؤْتَرٍ وَلَئِنْ الْأَخْذَ يَسْتَنْدُ إِلَى الْبَيْعِ إِذْ هُوَ سَبَبُ الْاسْتِحْقَاقِ وَأَمَّا الْفُسُوحُ فَفِيهَا ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ:

أَحَدُهَا: أَنَّ الطَّلْعَ يَتَّبِعُ فِيهَا مَعَ التَّأْيِيرِ وَعَدَمِهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الطَّلْعَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ بِكُلِّ حَالٍ أَوْ عَلَى أَنَّ الْفَسْخَ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ.

وَالثَّانِي: لَا يَتَّبِعُ بِحَالٍ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ وَإِنْ لَمْ يُؤْتَرِ.

وَالثَّلَاثُ: إِنْ كَانَ مُؤْتَرًا تَبِعَ وَإِلَّا فَلَا كَالْعُقُودِ هَذَا كُلُّهُ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ النَّمَاءَ الْمُنْفَصِلَ لَا يَتَّبِعُ فِي الْفُسُوحِ. أَمَّا إِنْ قِيلَ: يَتَّبِعْتَهُ فَلَا إِشْكَالَ فِي أَنَّ الطَّلْعَ يَتَّبِعُ سَوَاءٌ أَتَى أَوْ لَمْ يُؤْتَرِ وَكَذَلِكَ إِنْ قِيلَ: إِنْ الْفُسُوحُ لَا يَتَّبِعُ فِيهَا الزِّيَادَةُ الْمُنْفَصِلَةُ فَإِنَّ الطَّلْعَ لَا يَتَّبِعُ فِيهَا بِكُلِّ حَالٍ، وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ وَالْوَقْفُ فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِمَا الثَّمَرَةُ لِاسْتِثْنَاءِ يَوْمِ الْوَصِيَّةِ إِذَا بَقِيَتْ إِلَى يَوْمِ الْمَوْتِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ بَيْنَ أَنْ يُؤْتَرِ أَوْ لَا يُؤْتَرِ نَقَلَهُ عَنْهُ أَبُو بَكْرٍ بْنُ صَدَقَةَ

فِي الرَّجُلِ يُوصِي بِالْكَرَمِ أَوْ الْبُسْتَانِ لِرَجُلٍ ثُمَّ يَمُوتُ وَفِي الْكَرَمِ حَمْلٌ فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ وَقَالَ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ مُوسَى وَسُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يُوصِي الْبُسْتَانِ أَوْ الْكَرَمَ لِرَجُلٍ ثُمَّ يَمُوتُ وَفِي الْكَرَمِ أَوْ الْبُسْتَانِ حَمْلٌ لِمَنِ الْحَمْلُ؟ قَالَ: إِنْ كَانَ يَوْمَ أَوْصَى بِهِ لَهُ فِيهِ حَمْلٌ فَهُوَ لَهُ وَأُطْلِقَ بِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ وَلَمْ يَفْصَلْ وَقَدْ تَوَجَّهَ بِأَنَّ الْوَصِيَّةَ عَقْدُ تَبَرُّعٍ لَا يَسْتَدْعِي عِوَضًا فَدَخَلَ فِيهَا كُلُّ مُتَّصِلٍ بِخِلَافِ عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ وَعَلَى هَذَا فَالْهَيْئَةُ الْمَطْلُوقَةُ كَذَلِكَ وَهُوَ خِلَافُ مَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ وَكَذَلِكَ الْوَقْفُ الْمُنْجَزُ وَأَوَّلَى وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصَّ ذَلِكَ بِمَا فِيهِ مَعْنَى الْقُرْبَةِ مِنَ الْوَقْفِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَصِيَّةِ، وَأَمَّا اعْتِبَارُ وَجُودِهِ يَوْمَ الْوَصِيَّةِ مَعَ أَنَّ الْمَلِكَ يَتَرَاخَى إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ فَلَأَنَّ الْعَقْدَ إِذَا انْعَقَدَ كَانَ سَبَبًا لِنَقْلِ الْمِلْكِ وَلَكِنَّمَا تَأَخَّرَ تَأْثِيرُهُ إِلَى حِينَ الْمَوْتِ فَإِذَا وَجِدَ الْمَوْتَ اسْتَدَّ الْمِلْكُ إِلَى حَالِ الْإِبْصَاءِ وَلِهَذَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِأَمَةٍ حَامِلٍ ثُمَّ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ الْوَضْعِ فَالْوَلَدُ لِلْمُوصَى لَهُ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَسَوَاءٌ قُلْنَا: إِنْ لِلْحَمْلِ حُكْمًا وَإِنَّهُ كَالْمَنْفَصِلِ أَمْ لَا. وَأَمَّا إِنْ تَجَدَّدَ مُسْتَحَقٌّ مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ وَفِي النَّخْلِ طَلْعٌ فَهَاهُنَا حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَكُونَ اسْتِحْقَاقُهُ مِنْ غَيْرِ انْتِقَالٍ مِنْ غَيْرِهِ. وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ إِنْ حَدَثَ اسْتِحْقَاقُهُ بَعْدَ التَّأْيِيرِ لَمْ يَسْتَحِقَّ مِنَ الثَّمَرِ شَيْئًا وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ اسْتَحَقَّ. قَالَ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ: سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يَسْأَلُ عَنْ رَجُلٍ أَوْقَفَ نَخْلًا عَلَى وَلَدٍ قَوْمٍ وَوَلَدِهِ مَا تَوَالَدُوا ثُمَّ وَلِدَ مَوْلُودٌ قَالَ: إِنْ كَانَ النَّخْلُ أَبْرَ فَلَيْسَ لَهُ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ وَهُوَ مِلْكُ الْأَوَّلِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَبْرَ فَهُوَ مَعَهُمْ وَكَذَلِكَ الزَّرْعُ إِذَا بَلَغَ الْحَصَادَ فَلَيْسَ لَهُ شَيْءٌ وَإِنْ كَانَ لَمْ يَبْلُغِ الْحَصَادَ فَلَهُ فِيهِ، وَكَذَلِكَ الْأَصْحَابُ صَرَحُوا بِالْفَرْقِ بَيْنَ الْمُؤَبَّرِ وَغَيْرِهِ هَهُنَا مِنْهُمْ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ مُعَلِّينَ بِتَبَعِيَّةٍ غَيْرِ الْمُؤَبَّرِ فِي الْعَقْدِ فَكَذَا فِي الْاسْتِحْقَاقِ وَعَلَّلَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ بِأَنَّ غَيْرَ الْمُؤَبَّرِ فِي حُكْمِ الْمَعْدُومِ لَاسْتِثْنَاءِهِ وَكُمُونِهِ وَالْمُؤَبَّرُ فِي حُكْمِ سَرَائِيلَ لِبُرُوزِهِ وَظُهُورِهِ.

الْحَالَةُ الثَّانِيَّةُ: أَنْ يَخْرُجَ بَعْضُ أَهْلِ الْاسْتِحْقَاقِ لِمَوْتِ أَوْ غَيْرِهِ وَيَتَّقِلَ نَصِيبُهُ إِلَى غَيْرِهِ قَالَ يَعْقُوبُ بْنُ بُخْتَانَ: سُئِلَ أَحْمَدُ عَنْ رَجُلٍ مَاتَ فَقَالَ ضِيعَتِي الَّتِي بِالنَّخْرِ لِمَوَالِي الَّذِينَ بِالنَّخْرِ وَضِيعَتِي الَّتِي بِبَغْدَادَ لِمَوَالِي الَّذِينَ بِبَغْدَادَ وَأَوْلَادِهِمْ فَلِمَنْ بِالنَّخْرِ أَنْ يَأْخُذُوا مِنْ هَذِهِ الضِّيعَةِ الَّتِي هَاهُنَا؟ قَالَ: لَا، قَدْ أَفْرَدَ هَذِهِ مِنْ هَذِهِ فَقِيلَ لَهُ: فَقَدْ بَعْضُ مَنْ بِالنَّخْرِ إِلَى هُنَا وَخَرَجَ مِنْ هُنَا بَعْضُهُمْ إِلَى النَّخْرِ ثُمَّ وَقَدْ أَبْرَتِ النَّخْلُ أَلَهُمْ فِيهَا شَيْءٌ؟ قَالَ: لَا فَقِيلَ فَإِنْ وَلِدَ

لأَحَدِهِمْ وَلَدٌ بَعْدَ مَا أُبْرِتَ فَقَالَ: وَهَذَا أَيْضًا شَيْءٌ بِهَذَا كَأَنَّهُ رَأَى مَا كَانَ قَبْلَ التَّأْيِيرِ جَائِزٌ أَوْ كَمَا قَالَ. وَهَذَا مُوَافِقٌ لِنَصِّهِ السَّابِقِ فِي أَنَّ تَجَدُّدَ الْمُسْتَحَقِّ لِلْوَقْفِ بَعْدَ التَّأْيِيرِ لَا يَقْتَضِي اسْتِحْقَاقَهُ مِنْهُ وَأَمَّا خُرُوجُ الْخَارِجِ مِنَ الْبَلَدِ فَلَمْ يَشْمَلْهُ جَوَابُهُ وَأَنْقِطَاعُ حَقِّ الْمُسْتَحَقِّ بِمَوْتِهِ أَوْ زَوَالِ صِفَةِ الْاسْتِحْقَاقِ شَيْءٌ بِإِنْفِسَاخِ الْعَقْدِ الْمُزِيلِ لِلْمَلِكِ قَهْرًا وَقَدْ سَبَقَ الْخِلَافُ فِيهِ لَا سِيَّمَا عَلَى قَوْلِنَا إِنَّ الْوَقْفَ مِلْكٌ لِلْمَوْفُوفِ عَلَيْهِ فَيَصِيرُ مَوْتُهُ كَانْفِسَاخِ مِلْكِهِ فِي الْأَصْلِ فَيَخْرُجُ فِي تَبَعِيَّةِ الطَّلَعِ الْخِلَافُ السَّابِقُ فَإِنْ قِيلَ: بِالتَّقْرِيقِ بَيْنَ مَا قَبْلَ التَّأْيِيرِ وَبَعْدَهُ فَلَأَنَّ الطَّلَعُ إِذَا لَمْ يُؤْبَرْ فِي حُكْمِ الْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ وَاللِّبَنِ فِي الضَّرْعِ فَلَا يَكُونُ لَهُ حُكْمٌ بِمِلْكِهِ وَلَا غَيْرِهِ حَتَّى يَظْهَرَ وَإِنْ سَلَّمَ أَنَّ لَهُ حُكْمًا بِالْمِلْكِ فَالْمُسْتَحَقُّ الْحَادِثُ. لَمَّا شَارَكَ فِي غَيْرِ الْمُؤْبَرِّ مَعَ ظُهُورِهِ عَلَى مِلْكِ الْأَوَّلِ دَلٌّ عَلَى أَنَّ مِلْكَهُمْ لَمْ يَسْتَقِرَّ عَلَيْهِ بِخِلَافِ الْمُؤْبَرِّ فَإِنَّ مِلْكَهُمْ اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ فَمَنْ زَالَ اسْتِحْقَاقُهُ قَبْلَ اسْتِقْرَارِ الْمِلْكِ سَقَطَ حَقُّهُ.

* * *

فصل:

هَذَا كُلُّهُ فِي حُكْمِ ثَمَرِ النَّخْلِ فَأَمَّا غَيْرُهُ مِنَ الشَّجَرِ فَمَا كَانَ لَهُ كِمَامٌ تَفْتَحُ فَيَظْهَرُ ثَمَرُهُ كَالْقُطْنِ فَهُوَ كَالطَّلَعِ وَالْحَقُّ أَصْحَابُنَا بِهِ الزُّهُورِ الَّتِي تَخْرُجُ مُنْضَمَّةً ثُمَّ تَتَفَتَّحُ كَالْوَرْدِ وَالْيَاسْمِينِ وَالْبَنْفَسِجِ وَالنَّرْجِسِ وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّ هَذَا الْمُنْظَمَ هُوَ نَفْسُ الثَّمَرَةِ أَوْ قَشْرُهَا الْمُلَازِمُ لَهَا كَقَشْرِ الرِّمَّانِ فَظُهُورُهُ ظُهُورُ الثَّمَرَةِ بِخِلَافِ الطَّلَعِ فَإِنَّهُ وَعَاءٌ لِلثَّمَرَةِ وَكَلَامُ الْخَرْقِيِّ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ حَيْثُ قَالَ: وَكَذَلِكَ يَبِيعُ الشَّجَرُ إِذَا كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ بَادٍ وَيَدُوُّ الْوَرْدُ وَنَحْوُهُ ظُهُورُهُ مِنْ شَجَرِهِ وَإِنَّمَا كَانَ مُنْضَمًّا وَلِلْأَصْحَابِ وَجْهَانِ فِي الْوَرَقِ الْمَقْصُودِ كَوَرَقِ الثَّوْتِ هَلْ يُعْتَبَرُ بِفَتْحِهِ كَالثَّمَرِ أَوْ يَتَّبَعُ الْأَصْلَ لِمُجَرَّدِ ظُهُورِهِ وَهَذِهِ فَعَلِيَّةٌ بِمَعْنَاهُ وَمِنْهُ مَا يَظْهَرُ نُورُهُ ثُمَّ يَتَنَاقَرُ فَيَظْهَرُ ثَمَرُهُ كَالْتَفَاحِ وَالْمِشْمِشِ فَفِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُو:

أَحَدُهَا: إِنْ تَنَاقَرَ نُورُهُ فَهُوَ لِلْبَائِعِ وَإِلَّا فَلَا وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ لِأَنَّ ظُهُورَ ثَمَرِهِ يَتَوَقَّفُ عَلَى تَنَاقُرِ نُورِهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَظْهَرُ نُورُهُ لِلْبَائِعِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي احْتِمَالًا جَعَلًا لِلنُّورِ كَمَا فِي الطَّلَعِ لِأَنَّ الطَّلَعُ لَيْسَ هُوَ عَيْنُ الثَّمَرَةِ بَلْ هِيَ مُسْتَتِرَةٌ فِيهِ فَتَكْبَرُ فِي جَوْفِهِ وَتَظْهَرُ حَتَّى يَصِيرَ تِلْكَ فِي طَرَفِهَا وَهِيَ قَمْعُ الرِّطْبَةِ.

وَالثَّالِثُ: لِلْبَائِعِ يَظْهَرُ الثَّمَرَةُ وَإِنْ لَمْ يَتَنَاقَرَ النُّورُ كَمَا إِذَا كَبُرَ قَبْلَ انْتِثَارِهِ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ

الْخَرَقِيُّ وَاخْتِيارُ صَاحِبِ الْمُغْنِي وَهُوَ أَصَحُّ، وَقِيَاسُ مَا فِي بَطْنِ الطَّلَعِ عَلَى النُّورِ لَا يَصَحُّ لِأَنَّ النُّورَ يَتَنَاقَرُ وَمَا فِي جَوْفِ الطَّلَعِ يَنْمُو وَيَتَزَايِدُ حَتَّى يَصِيرَ ثَمَرًا.

وَمِنْهُ: مَا يُظْهَرُ ثَمَرَتُهُ مِنْ غَيْرِ نُورٍ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ بِظُهُورِهِ سَوَاءٌ كَانَ لَهُ قِشْرٌ يَبْقَى فِيهِ إِلَى أَكْلِهِ كَالرُّمَّانِ وَالْمَوْزِ أَوْ لَهُ قِشْرَانِ كَالْجَوْزِ وَاللُّوزِ أَوْ لَا قِشْرَ لَهُ وَالتُّوتِ، وَقَالَ الْقَاضِي: مَا لَهُ قِشْرَانِ لَا يَكُونُ لِلْبَائِعِ إِلَّا بِتَشَقُّقِ قِشْرِهِ الْأَعْلَى. وَرَدَّهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي بِأَنَّهُ تَشَقُّقُهُ فِي شَجَرِهِ نَادِرٌ وَتَشَقُّقُهُ قَبْلَ كَمَالِهِ يُفْسِدُهُ بِخِلَافِ الطَّلَعِ وَفِي الْمُبْهَجِ الْاِعتِبَارُ بِانْعِقَادِ لَبِّهِ فَإِنْ لَمْ يَنْعَقِدْ تَبَعَ أَصْلَهُ وَإِلَّا فَلَا، وَأَمَّا الزَّرْعُ الظَّاهِرُ فِي الْأَرْضِ إِذَا انْتَقَلَ الْمَلِكُ فِيهَا بِالْمِيعِ وَنَحْوِهِ فَهُوَ لِلْبَائِعِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَجْزَاءِ الْأَرْضِ وَإِنَّمَا هُوَ مُودَعٌ فِيهَا فَاشْتَبَهَ الثَّمَرَةُ الْمُؤَبَّرَةَ، قَالَ فِي الْمُغْنِي: لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا وَفِي الْمُبْهَجِ لِلشَّيْكَارِزِيِّ إِنْ كَانَ الزَّرْعُ بَدَأَ صَلَاحَهُ لَمْ يَتَبَعَ وَإِنْ لَمْ يَبْدَأْ صَلَاحَهُ عَلَى وَجْهَيْنِ فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَتَبَعَ أَخَذَ الْبَائِعُ بِقُطْعِهِ إِلَّا أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْأَرْضَ مِنَ الْمُشْتَرِي إِلَى حِينِ إِدْرَاكِهِ، وَأَمَّا إِذَا بَدَأَ صَلَاحَهُ فَإِنَّهُ يَبْقَى فِي الْأَرْضِ مِنْ غَيْرِ أَجْرَةٍ إِلَى حِينِ حَصَادِهِ، وَهَذَا غَرِيبٌ جِدًّا مُخَالَفٌ [لِمَا] عَلَيْهِ الْأَصْحَابُ مَعَ أَنَّ كَلَامَ أَحْمَدَ فِي اسْتِحْقَاقِ الْوَقْفِ يَشْهَدُ لَهُ حَيْثُ قَالَ: إِنْ وَلِدَ مَوْلُودٌ مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ قَبْلَ أَنْ يَبْلُغَ الْحَصَادَ اسْتَحَقَّ وَإِلَّا لَمْ يَسْتَحَقَّ لِأَنَّهُ قَدْ انْتَهَى نُمُوهُ وَزِيَادَتُهُ بِلُغِهِ لِلْحَصَادِ، وَهَكَذَا قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى لَكِنَّهُ عَبَّرَ بِالِاسْتِحْصَادِ وَعَدَمِهِ.

وَأَمَّا صَاحِبُ الْمُغْنِي فَقَالَ: مَا كَانَ مِنَ الزَّرْعِ لَا يَتَبَعَ الْأَرْضَ فِي الْبَيْعِ فَلَا حَقَّ فِيهِ لِلْمُتَجَدِّدِ لِأَنَّهُ كَالثَّمَرِ الْمُؤَبَّرِ، وَأَمَّا مَا كَانَ يَتَبَعُ فِي الْبَيْعِ وَهُوَ مَا لَمْ يَظْهَرْ مِمَّا يَتَكَرَّرُ حَمْلُهُ مِنَ الرُّطَبَاتِ وَالْخَضِرَاوَاتِ فَيَسْتَحَقُّ فِيهِ الْمُتَجَدِّدُ وَقِيَاسُ الْمَنْصُوصِ فِي الزَّرْعِ أَنْ يَسْتَحَقَّ الْمُتَجَدِّدُ فِي الْوَقْفِ مِنَ الثَّمَرِ حَتَّى يَبْدُو صَلَاحُهُ وَيَجُوزَ بَيْعُهُ مُطْلَقًا وَلَكِنْ أَحْمَدُ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا كَمَا تَقَدَّمَ فَاعْتَبَرَ فِي الزَّرْعِ بُلُوغَ الْحَصَادِ وَفِي الثَّمَرِ التَّأْيِيرَ وَنَصَّهُ مَعَ ذَلِكَ فِي اسْتِحْقَاقِ الْمُوصَى لَهُ بِالشَّجَرِ الثَّمِيرِ الْمَوْجُودِ فِيهِ حَالُ الْوَصِيَّةِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ بَيْنَ أَنْ يَبْدُو صَلَاحَهُ أَوْ لَا يَبْدُو مُشْكِلاً، وَأَفْتَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ بِأَنَّ الثَّمَرَ إِنَّمَا يَسْتَحَقُّهُ مَنْ بَدَأَ الصَّلَاحَ فِي زَمَنِ اسْتِحْقَاقِهِ حَتَّى لَوْ مَاتَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ وَقَدْ أُطْلِعَ الثَّمَرُ بِعَلَمِهِ ثُمَّ بَدَأَ صَلَاحَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ فَإِنَّهُ يَكُونُ لِلْبَطْنِ الثَّانِي، وَقَالَ فِي شَجَرِ الْجَوْزِ الْمَوْقُوفِ: إِنَّهُ إِنْ أَدْرَكَ أَوْ كَانَ قُطْعِهِ فِي حَيَاةِ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ فَهُوَ لَهُ فَإِنْ مَاتَ وَبَقِيَ فِي الْأَرْضِ مَدَّةً حَتَّى زَادَ كَانَتْ الزِّيَادَةُ حَادِثَةً فِي مَنْفَعَةِ الْأَرْضِ الَّتِي لِلْبَطْنِ الثَّانِي، وَمِنْ الْأَصْلِ الَّذِي لَوَرَثَةِ الْأَوَّلِ فِيمَا أَنْ تُقَسَّمِ الزِّيَادَةُ بَيْنَهُمَا عَلَى

قَدَرُ الْقِيَمَتَيْنِ وَإِمَّا أَنْ تُعْطَى الْوَرْتَةُ أَجْرَةَ الْأَرْضِ لِلْبَطْنِ الثَّانِي. وَإِنْ غَرَسَهُ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ مِنْ مَالِ الْوَأَقِفِ وَلَمْ يَدْرِكْ إِلَّا بَعْدَ انْتِقَالِهِ إِلَى الْبَطْنِ الثَّانِي فَهُوَ لَهُمْ وَلَيْسَ لِوَارِثِهِ الْأَوَّلِ فِيهِ شَيْءٌ وَأَعْلَمُ أَنَّ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي اسْتِحْقَاقِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ هَاهُنَا إِنَّمَا هُوَ إِذَا كَانَ اسْتِحْقَاقُهُ بِصِفَةِ مَحْضَةٍ مِثْلَ كَوْنِهِ وَلَكِنْ أَوْ فَقِيرًا أَوْ نَحْوَهُ، أَمَّا إِذَا كَانَ اسْتِحْقَاقُ الْوَقْفِ عَوَضًا عَنْ عَمَلٍ وَكَانَ كَالْأَجْرَةِ يَسُطُّ عَلَى جَمِيعِ السَّنَةِ كَالْمُقَاسَمَةِ الْقَائِمَةِ مَقَامَ الْأَجْرَةِ أَوْ إِنْ كَانَ اسْتِغْلَالُ الْأَرْضِ لِجِهَةِ الْوَقْفِ مِنْ مَالِهِ فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ كُلُّ مَنْ انْصَفَ بِصِفَةِ الْاسْتِحْقَاقِ فِي ذَلِكَ الْعَامِ مِنْهُ حَتَّى مَنْ مَاتَ فِي أَثْنَائِهِ اسْتَحَقَّ بِقِسْطِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الزَّرْعُ قَدْ وَجَدَ حَتَّى لَوْ تَأَخَّرَ إدْرَاكَ ذَلِكَ الْعَامِ إِلَى أَثْنَاءِ الْعَامِ الَّذِي بَعْدَهُ لَمْ يَسْتَحِقَّ مِنْهُ مَنْ تَجَدَّدَ اسْتِحْقَاقُهُ فِي عَامِ الإدْرَاكِ وَاسْتَحَقَّ مِنْهُ مَنْ مَاتَ فِي الْعَامِ الَّذِي قَبْلَهُ وَنَحْوِ ذَلِكَ أَفْتَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَأَفْتَى الشَّيْخُ شَمْسُ الدِّينِ بْنُ أَبِي عُمَرَ بِأَنَّ الْاِعْتِنَاءَ فِي ذَلِكَ بِسَنَةِ الْمَغْلِ دُونَ السَّنَةِ الْهَلَالِيَّةِ فِي جَمَاعَةٍ مُقَرَّرِينَ فِي نَزِيهِ حَصَلَ لَهُمْ حَاصِلٌ مِنْ قَرْنَتِهِمُ الْمَوْقُوفَةِ عَلَيْهِمْ يَطْلُبُونَ أَنْ يَأْخُذُوا مَا اسْتَحَقُّوه عَنْ الْمَاضِي وَهُوَ مَغْلٌ سَنَةِ خَمْسٍ وَأَرْبَعِينَ مِثْلًا فَهَلْ يَصْرِفُ إِلَيْهِمُ النَّاطِرُ بِحِسَابِ سَنَةِ الْمَغْلِ مَعَ أَنَّهُ قَدْ نَزَلَ بَعْدَ هَؤُلَاءِ الْمُتَقَدِّمِينَ جَمَاعَةٌ شَارَكُوا فِي حِسَابِ سَنَةِ الْمَغْلِ فَإِنْ أَخَذَ أُولَئِكَ عَلَى حِسَابِ السَّنَةِ الْهَلَالِيَّةِ لَمْ يَبْقَ لِلْمُتَأَخِّرِينَ إِلَّا شَيْءٌ يَسِيرٌ فَاجَابَ بِأَنَّهُ لَا يُحْتَسَبُ إِلَّا بِسَنَةِ الْمَغْلِ دُونَ الْهَلَالِيَّةِ وَوَاقِفُهُ جَمَاعَةٌ مِنَ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَفِيَّةِ عَلَى ذَلِكَ.

* * *

القاعدة الرابعة والثمانون:

الْحَمْلُ هَلْ لَهُ حُكْمٌ قَبْلَ انفصالِهِ أَمْ لَا؟ حَكَى الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُمَا فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَيْنِ قَالُوا: وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّ لَهُ حُكْمًا وَهَذَا الْكَلَامُ عَلَى إِطْلَاقِهِ قَدْ يَسْتَشْكِلُ فَإِنَّ الْحَمْلَ يَتَعَلَّقُ بِهِ أَحْكَامٌ كَثِيرَةٌ ثَابِتَةٌ بِالِاتِّفَاقِ مِثْلُ عَزْلِ الْمِيرَاثِ لَهُ وَصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ لَهُ وَوُجُوبِ الْعُرَّةِ بِقَتْلِهِ وَتَأْخِيرِ إِقَامَةِ الْحُدُودِ وَاسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ مِنْ أُمِّهِ حَتَّى تَضَعَهُ وَإِبَاحَةَ الْفِطْرِ لَهَا إِذَا خَشِيتَ عَلَيْهِ وَوُجُوبِ التَّقَةِ لَهَا إِذَا كَانَتْ بَائِنًا وَإِبَاحَةَ طَلَاقِهَا وَإِنْ كَانَتْ مَوْطُوءَةً فِي ذَلِكَ الطَّهْرِ قَبْلَ ظَهْرِهِ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْأَحْكَامِ وَلَمْ يُرِيدُوا إِدْخَالَ مِثْلِ هَذِهِ الْأَحْكَامِ فِي مَحَلِّ الرُّوَايَتَيْنِ، وَفَصَّلُ الْقَوْلِ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْأَحْكَامَ الْمُتَعَلِّقَةَ بِالْحَمْلِ نَوْعَانِ: أَحَدُهُمَا: مَا يَتَعَلَّقُ بِسَبَبِ الْحَمْلِ بِغَيْرِهِ، فَهَذَا ثَابِتٌ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّ الْأَحْكَامَ الشَّرْعِيَّةَ تَتَعَلَّقُ

عَلَى الْأَسْبَابِ الظَّاهِرَةِ إِذَا ظَهَرَتْ أَمَارَةُ الْحَمْلِ كَانَ وَجُودُهُ هُوَ الظَّاهِرُ فَتَرْتَّبَ عَلَيْهِ أَحْكَامُهُ فِي الظَّاهِرِ فَإِنْ خَرَجَ حَيًّا تَبَيَّنَا ثُبُوتَ تِلْكَ الْأَحْكَامِ فِي الْبَاطِنِ وَإِنْ بَانَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ حَمْلًا أَوْ خَرَجَ مَيِّتًا تَبَيَّنَا فَسَادُ مَا يَتَعَلَّقُ مِنَ الْأَحْكَامِ بِهِ أَوْ بِحَيَاتِهِ كِلَا رُتْبَةٍ وَوَصِيَّتِهِ وَهَذِهِ الْأَحْكَامُ كَثِيرَةٌ جَدًّا وَبَعْضُهَا مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ وَبَعْضُهَا فِيهِ اخْتِلَافٌ فَمِنْ أَحْكَامِهِ إِذَا مَاتَتْ كَافِرَةً وَفِي بَطْنِهَا حَمْلٌ مُحَكَّمٌ بِإِسْلَامِهِ لَمْ يُدْفَنَ فِي مَقَابِرِ الْكُفَّارِ لِحُرْمَةِ الْحَمْلِ.

وَمِنْهَا: إِخْرَاجُ الْفِطْرَةِ عَنِ الْحَمْلِ وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ وَفِي وَجُوبِهَا طَرِيقَانِ لِلْأَصْحَابِ مِنْهُمْ مَنْ جَزَمَ بِنَفْيِ الْوُجُوبِ وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَانِ.

وَمِنْهَا: فِطْرُ الْحَامِلِ إِذَا خَافَتْ عَلَى جَنِينِهَا مِنَ الصَّوْمِ وَيَجِبُ عَلَيْهَا الْقَضَاءُ وَالْكَفَّارَةُ وَهَلِ الْكَفَّارَةُ مِنْ مَالِهَا أَوْ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَنْ يَلْزِمُهُ نَفَقَةُ الْحَمْلِ؟ عَلَى اخْتِمَالَيْنِ ذَكَرَهُمَا ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُتُوهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً فَبَانَتْ حَامِلًا فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ أَبِي طَالِبٍ أَنَّ الْبَائِعَ إِنْ أَقَرَّ بِوُطْنِهَا رُدَّتْ إِلَيْهِ لِأَنَّهَا أُمٌّ وَلَكِنْ لَهُ وَإِنْ أَنْكَرَ فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي رَدَّهَا وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَرُدَّهَا فَأَبْطُلَ الْبَيْعُ مَعَ إِفْرَارِ الْبَائِعِ بِالْوُطْنِ بِمُجَرَّدِ تَبَيُّنِ الْحَمْلِ وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: عِنْدِي لَا يَجِبُ الرَّدُّ حَتَّى تَضَعَ مَا تَصِيرُ بِهِ الْأُمُّ أُمٌّ وَلَكِنْ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ وَهَذَا تَفْرِيعٌ عَلَى قَوْلِنَا بِصِحَّةِ الْبَيْعِ قَبْلَ الْاسْتِبْرَاءِ فَأَمَّا عَلَى الرُّوَايَةِ فَالْبَيْعُ مِنْ أَصْلِهِ بَاطِلٌ لِعَدَمِ اسْتِبْرَاءِ الْبَائِعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَطِئَ الرَّاهِنُ أُمَّتَهُ الْمَرْهُونَةَ فَأَحْبَلَهَا خَرَجَتْ مِنَ الرَّهْنِ وَلَزِمَهُ قِيمَتُهَا تَكُونُ رَهْنًا كَذَا قَالَهُ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ يَتَأَخَّرُ الضَّمَانُ حَتَّى تَضَعَ فَيَلْزِمُهُ قِيمَتُهَا يَوْمَ أَحْبَلَهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا وَطِئَ جَارِيَةً مِنَ الْمَغْنَمِ فَحَمَلَتْ فَإِنَّهَا تُقَوِّمُ عَلَيْهِ فِي الْحَالِ وَتَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً لَهُ، هَذَا هُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ وَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ لَا تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْغَنِيمَةَ لَا تُمْلِكُ بِدُونِ الْقِسْمَةِ لَكِنْ يُنْمَعُ مِنْ بَيْعِهَا لِكُونِهَا حَامِلًا بِحَرٍّ وَلَا يُؤَخَّرُ قِسْمَتُهَا فَتَعَيَّنَ أَنَّ يُحْسَبَ عَلَيْهِ مِنْ نَصِيبِهِ كَذَلِكَ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ لِرُؤُوسِهِ: إِنْ كُنْتُ حَامِلًا فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةٍ أَنَّهُ يَنْظَرُ إِلَيْهَا النِّسَاءُ فَإِنْ خَفِيَ عَلَيْهِنَّ فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِتِسْعَةِ أَشْهُرٍ أَوْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ حِنْثٌ فَأَوْقَعَ الطَّلَاقَ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ بِالْحَمْلِ أَوْ بِوِلَادَتِهَا لِغَالِبِ مُدَّةِ الْحَمْلِ عِنْدَ خِفَائِهِ وَصَحَّحَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنَ الْجَامِعِ هَذِهِ الرُّوَايَةَ وَقَالَ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ: إِنْ وَلَدَتْ لِأَكْثَرِ مِنْ نِهَائَةِ مُدَّةِ

الْحَمْلُ لَمْ تَطْلُقْ وَإِنْ وَلَدَتْ لِدُونَ أَكْثَرَ مَدَّةِ الْحَمْلِ فَإِنْ كَانَ لَمْ يَطَّأَهَا بَعْدَ الْيَمِينِ طَلَّقَتْ وَإِنْ وَطَّئَهَا بَعْدَ الْيَمِينِ فَإِنْ وَلَدَتْ لِدُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ أَوَّلِ الْوِطْءِ طَلَّقَتْ وَإِنْ وَلَدَتْ لِأَكْثَرِ مِنْهُ فَوَجَّهَانِ أَشْهُرُهُمَا لَا تَطْلُقُ وَجَعَلَهُ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ وَجْهًا وَاحِدًا لِاحْتِمَالِ الْعُلُوقِ بِهِ مِنْ الْوِطْءِ الْمُتَجَدِّدِ. وَالثَّانِي: تَطْلُقُ لَأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ لَا تَطْلُقُ حَتَّى تَضَعَهُ لِدُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ بِكُلِّ حَالٍ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ وُجُودُهُ عِنْدَ الْيَمِينِ بِدُونَ ذَلِكَ وَالطَّلَاقُ لَا يَقَعُ مَعَ الشَّكِّ وَالْاحْتِمَالِ.

وَمِنْهَا: إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ زَوْجَةٌ لَهَا وَلَدٌ مِنْ غَيْرِهِ فَمَاتَ وَلَا أَبَ لَهُ وَقَدْ كَانَ تَقَدَّمَ مِنَ الزَّوْجِ وَطْءٌ هَذِهِ الزَّوْجَةِ فَإِنَّهُ يَمْنَعُ مِنْ وَطْئِهَا بَعْدَ مَوْتِ وَلَدِهَا حَتَّى يَتَبَيَّنَ هَلْ هِيَ حَامِلٌ مِنْ وَطْئِهِ الْمُتَقَدِّمِ أَمْ لَا لِأَجْلِ مِيرَاثِ الْحَمْلِ مِنْ أَخِيهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ عَبْدٌ تَحْتَهُ حُرَّةٌ قَدْ وَطَّئَهَا وَلَهُ أَخٌ حُرٌّ فَيَمُوتُ أَخُوهُ الْحُرُّ فَإِنَّهُ يَمْنَعُ مِنْ وَطْءِ زَوْجَتِهِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ هَلْ هِيَ حَامِلٌ أَمْ لَا لِأَجْلِ مِيرَاثِ الْحَمْلِ مِنْ عَمِّهِ ثُمَّ إِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ الْمَوْتِ فَإِنَّهُ يَرِثُ بِلَا إِشْكَالٍ وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَلَاقِلَ مِنْ أَكْثَرِ مَدَّةِ الْحَمْلِ فَإِنْ كَفَّ الزَّوْجُ عَنِ الْوِطْءِ مِنْ حِينِ الْمَوْتِ وَرِثَ الْحَمْلُ لَأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهَُا كَانَتْ حَامِلًا قَالَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لَهَا ابْنٌ مِنْ غَيْرِهِ فَيَمُوتُ: إِنَّهَا إِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِدُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ مَاتَ مِنْهَا وَرِثْنَاهُ وَإِنْ جَاءَتْ بِالْوَلَدِ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ نُورِثْهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، وَيَكْفُ عَنْ امْرَأَتِهِ إِذَا مَاتَ وَلَدُهَا، فَإِنْ لَمْ يَكْفُ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَلَا أَدْرِي هُوَ أَخُوهُ أَمْ لَا، وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ إِنْ كَفَّ عَنِ الْوِطْءِ وَرِثَ الْوَلَدُ وَإِنْ لَمْ يَكْفُ فَإِنْ جَاءَتْ بِالْوَلَدِ بَعْدَ الْوِطْءِ لِدُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَرِثَ أَيْضًا وَكَانَ كَمَنْ لَمْ يَطَّأْ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ أَنَّهُ لَا يَرِثُ بِهِ جَزَمَ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ إِلَّا أَنْ يُقَرَّ الْوَرِثَةُ أَنَّهَُا كَانَتْ حَامِلًا يَوْمَ مَوْتِ وَلَدِهَا وَقَالَ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ: يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ خَرَجَهُمَا مِنْ مَسْأَلَةِ تَعْلِيلِ الطَّلَاقِ عَلَى الْحَمْلِ الَّتِي تَقَدَّمَتْ.

التَّوَعُّ الثَّانِي: الْأَحْكَامُ الثَّابِتَةُ لِلْحَمْلِ فِي نَفْسِهِ مِنْ مِلْكٍ وَتَمَلُّكٍ وَعَنْقٍ وَحُكْمٍ بِإِسْلَامٍ وَاسْتِلْحَاقٍ نَسَبٍ وَنَفْيِهِ وَضَمَانٍ وَنَفَقَةٍ، وَهَذَا التَّوَعُّ هُوَ مُرَادٌ مِنْ يَأْنِ الْخِلَافِ فِي الْحَمْلِ لَهُ حُكْمٌ أَمْ لَا وَبَعْضُ هَذِهِ الْأَحْكَامِ ثَابِتَةٌ بِغَيْرِ خِلَافٍ وَلَنَذْكُرُ جُمْلَةً مِنْ هَذِهِ الْأَحْكَامِ فَمِنْهَا وَجُوبُ النَّفَقَةِ لَهُ فَيَجِبُ نَفَقَةُ الْحَمْلِ عَلَى الْأَبِّ وَإِنْ كَانَتْ أُمَةٌ لَا نَفَقَةَ لَهَا كَالْبَائِنِ بِالِاتِّفَاقِ، وَهَذِهِ النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ لَا لِأُمِّهِ عَلَى أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ وَهِيَ اخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ وَأَبِي بَكْرٍ، وَلِهَذَا

يَدُورُ مَعَهُ وَجُودًا وَعِلْمًا فَعَلَى هَذِهِ يَجِبُ مَعَ نُشُوزِ الْأُمِّ وَكُونِهَا حَامِلًا مِنْ وَطْءٍ شَبَّهَ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ وَيَجِبُ عَلَى سَائِرٍ مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ الْأَقَارِبِ مَعَ فَقْدِ الْأَبِ بِالْمَوْتِ أَوْ الْإِعْسَارِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ، وَتَسْقُطُ بِسَارِ الْحَمَلِ إِذَا حُكِمَ لَهُ بِمِلْكِهِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي أَيْضًا فِي الْخِلَافِ وَظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي كِتَابِ الرَّوَابِيتَيْنِ يُخَالِفُ ذَلِكَ وَيَجِبُ الْإِنْفَاقُ فِي مُدَّةِ الْحَمَلِ وَلَا يَقِفُ عَلَى الْوَضْعِ نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ وَخَرَجَ الْأَمِيدِيُّ وَأَبُو الْخَطَّابِ وَجْهًا إِذَا قُلْنَا: لَا حُكْمَ لِلْحَمَلِ أَنَّهُ لَا يَجِبُ لِلْحَمَلِ نَفَقَةٌ حَتَّى يَنْفَصِلَ فَرَجُهَا وَهُوَ ضَعِيفٌ مُضَادٌّ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾.

وَأَمَّا أُمُّ الْوَلَدِ إِذَا مَاتَ عَنْهَا سَيِّدُهَا وَهِيَ حَامِلٌ فَلَيْسَتْ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ وَإِنْ كَانَ أَبُو الْخَطَّابِ ذَكَرَ فِي وَجُوبِ النَّفَقَةِ لَهَا لِأَجْلِ الْحَمَلِ رَوَاتَيْنِ بَلْ نَفَقَةُ هَذِهِ مِنْ جَنْسِ نَفَقَةِ الْحَامِلِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا، وَفِيهَا أَيْضًا رَوَاتَانِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مَبْنًى عَلَى أَنَّ النَّفَقَةَ لِلْحَمَلِ أَوْ لِلْحَامِلِ كَمَا زَعَمَ ابْنُ الزَّاغُونِي وَغَيْرُهُ فَإِنَّ نَفَقَةَ الْأَقَارِبِ تَسْقُطُ بِالْمَوْتِ وَلَكِنْ هَذَا مِنْ بَابِ النَّفَقَةِ عَلَى الْمَحْبُوسَةِ بِحَقِّ الزَّوْجِ مِنْ مَالِهِ كَنَفَقَةِ الْبَائِسِ الْحَامِلِ نَعَمْ إِنْ يَتَوَجَّهَ أَنْ يُقَالَ إِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَامِلِ وَجِبَتْ كَنَفَقَةُ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا مِنَ التَّرَكَةِ، لِأَنَّهُمَا مُحْبُوسَتَانِ لِحَقِّ الزَّوْجِ فَإِذَا وَجِبَتْ لِهَمَا نَفَقَةٌ فَهِيَ مِنْ مَالِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَمَلِ فَهِيَ عَلَى الْوَرِثَةِ كَمَا سَبَقَ، وَهَذَا عَكْسُ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ الزَّاغُونِي وَغَيْرُهُ وَفِي نَفَقَةِ أُمِّ الْوَلَدِ الْحَامِلِ ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ عَنْ أَحْمَدَ: أَحَدُهَا لَا نَفَقَةَ لَهَا نَقْلَهَا حَرْبٌ وَابْنُ بُخْتَانَ.

وَالثَّانِي: يُنْفَقُ عَلَيْهَا مِنْ نَصِيبِ مَا فِي بَطْنِهَا نَقْلَهَا مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى الْكَحَّالُ، وَالثَّلَاثَةُ: إِنْ لَمْ تَكُنْ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا قَبْلَ ذَلِكَ فَتَفَقَّتْهَا مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ إِذَا كَانَتْ حَامِلًا وَإِنْ كَانَتْ وَلَدَتْ قَبْلَ ذَلِكَ فَهِيَ فِي عِدَادِ الْأَحْرَارِ يُنْفَقُ عَلَيْهَا مِنْ نَصِيبِهَا نَقْلَهَا عَنْهُ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ وَهِيَ مُشْكِلَةٌ جِدًّا وَمَعْنَاهَا عِنْدِي، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، أَنَّهُ إِذَا كَانَتْ حَامِلًا وَلَمْ تَضَعْ مِنْ سَيِّدِهَا قَبْلَ ذَلِكَ فَتَفَقَّتْهَا مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ حَبْسِهَا عَلَى سَيِّدِهَا بِالْحَمَلِ فَتَكُونُ النَّفَقَةُ عَلَيْهِ حَيْثُ لَمْ يَثْبُتِ اسْتِيلَادُهَا بَعْدَ، وَيَجُوزُ أَنْ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ بِالْكُلِّيَّةِ وَتُسْتَرْقُ فَإِذَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ فَإِنَّ بَيْنَ عَتَقِهَا، وَقَدْ اسْتَوْفَتْ الْوَاجِبَ لَهَا وَإِنْ رَقَّتْ لَمْ يَذْهَبْ عَلَى الْوَرِثَةِ شَيْءٌ مِنْ حَيْثُ أَنْفَقَ عَلَى رَقِيقِهِمْ مِنْ مَالِهِمْ، وَإِنْ كَانَتْ وَلَدَتْ قَبْلَ ذَلِكَ مِنْ سَيِّدِهَا فَقَدْ ثَبَتَ لَهَا حُكْمُ الْاسْتِيلَادِ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ: هِيَ فِي عِدَادِ الْأَحْرَارِ، وَحَيْثُ ثَبِتَ

يُتَقَرُّ لِمَوْتِ السَّيِّدِ بِمَا رَجَبُ فَيُجَابُ نَفَقَتُهَا عَلَى وَلَدِهَا أَوَّلَى مِنْ إِبْجَابِهَا مِنْ مَالِ سَيِّدِهَا وَيَزِيدُهُ إِضَاحًا فِي الْمَسْأَلَةِ الْآتِيَةِ.

وَمِنْهَا: وَجُوبُ نَفَقَةِ الْأَقَارِبِ عَلَى الْحَمَلِ مِنْ مَالِهِ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْكَحَّالِ أَنَّ نَفَقَةَ أُمِّ الْوَلَدِ الْحَامِلِ مِنْ نَصِيبِ مَا فِي بَطْنِهَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَأَسْتَشْكَلُهُ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ قَالَ: لِأَنَّ الْحَمَلَ إِنَّمَا يَرِثُ بِشَرْطِ خُرُوجِهِ حَيًّا وَيُوقَفُ نَصِيبُهُ فَكَيْفَ يَتَصَرَّفُ فِيهِ قَبْلَ تَحَقُّقِ الشَّرْطِ؟ وَيُجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ هَذَا النَّصَّ يَشْهَدُ لِبُتُوثِ مِلْكِهِ بِالْإِرْثِ مِنْ حِينَ مَوْتِ مَوْرُوثِهِ وَإِنَّمَا خُرُوجُهُ حَيًّا يَتَبَيَّنُ بِهِ وَجُودُ ذَلِكَ فَإِذَا حَكَمْنَا لَهُ بِالْمِلْكِ ظَاهِرًا جَازَ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِالنَّفَقَةِ الْوَاجِبَةِ عَلَيْهِ وَعَلَى مَنْ يَلْزِمُهُ نَفَقَتُهُ لَا سِيَّمَا وَالتَّفَقُّهُ عَلَى أُمِّهِ يَعُودُ نَفْعُهَا إِلَيْهِ كَمَا يَتَصَرَّفُ فِي مَالِ الْمَفْقُودِ إِذَا غَلَبَ عَلَى الظَّنِّ هَلَاكُهُ وَيَقْسَمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ، وَإِنْ جَازَ أَنْ يَكُونَ حَيًّا بَلْ هُوَ الْأَصْلُ حَتَّى لَوْ قَدِمَ حَيًّا وَقَدْ أَسْتَهْلَكَ مَالُهُ فِي أَيْدِي الْوَرَثَةِ فَفِي ضَمَانِهِ رَوَايَتَانِ، وَكَذَا يُقَالُ فِي مَالِ الْحَمَلِ وَيَشْهَدُ لَهُ إِذَا انْفَقَ الزَّوْجُ عَلَى الْبَائِنِ يَظُنُّهَا حَامِلًا ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهَا لَمْ تَكُنْ حَامِلًا فَفِي الرُّجُوعِ رَوَايَتَانِ أَيْضًا، وَقَدْ يُحْمَلُ إِبْجَابُ الْأُمِّ مِنْ نَصِيبِ الْحَمَلِ عَلَى أَنَّ الْأُمَّ تَرْجِعُ بِهِ عَلَى نَصِيبِهِ إِذَا وَضَعَتْهُ حَيًّا وَفِيهِ بَعْدُ.

وَمِنْهَا: مِلْكُهُ بِالْمِيرَاثِ وَهُوَ مُتَّفِقٌ عَلَيْهِ فِي الْجُمْلَةِ لَكِنْ هَلْ يَثْبُتُ لَهُ الْمِلْكُ بِمَجْرَدِ مَوْتِ مَوْرُوثِهِ، وَتَبَيَّنَ ذَلِكَ بِخُرُوجِهِ حَيًّا أَوْ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْمِلْكُ حَتَّى يَتَفَصَّلَ حَيًّا؟ فِيهِ خِلَافٌ بَيْنَ الْأَصْحَابِ وَهَذَا الْخِلَافُ مُطَرَّدٌ فِي سَائِرِ أَحْكَامِهِ الثَّابِتَةِ لَهُ هَلْ هِيَ مُعْلَقَةٌ بِشَرْطِ انْفِصَالِهِ حَيًّا فَلَا يَثْبُتُ قَبْلَهُ أَوْ هِيَ ثَابِتَةٌ لَهُ فِي حَالِ كَوْنِهِ حَامِلًا لَكِنْ ثُبُوتُهَا مُرَاعَى بِانْفِصَالِهِ حَيًّا فَإِذَا انْفَصَلَ حَيًّا تَبَيَّنَ ثُبُوتُهَا مِنْ حِينَ وَجُودِ أَسْبَابِهَا، وَهَذَا هُوَ تَحْقِيقُ مَعْنَى قَوْلِ مَنْ قَالَ: هَلْ الْحَمَلُ لَهُ حُكْمٌ أَمْ لَا؟ وَالَّذِي يَقْتَضِيهِ نَصُّ أَحْمَدَ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَى أُمِّهِ مِنْ نَصِيبِهِ أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ الْمِلْكُ بِالْإِرْثِ مِنْ حِينَ مَوْتِ أَبِيهِ وَصَرَّحَ بِذَلِكَ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَصْحَابِ، وَثُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى خِلَافِهِ أَيْضًا فَرَوَى عَنْهُ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ فِي نَصْرَانِيٍّ مَاتَ وَأَمْرَأَتُهُ نَصْرَانِيَّةٌ وَكَانَتْ حُبْلَى فَاسْلَمَتْ بَعْدَ مَوْتِهِ ثُمَّ وَلَدَتْ هَلْ تَرِثُ؟ قَالَ: لَا، وَقَالَ: إِنَّمَا مَاتَ أَبُوهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ مَا هُوَ وَإِنَّمَا يَرِثُ بِالْوِلَادَةِ وَحَكَمَ لَهُ بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ، وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى الْكَحَّالُ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ: مَاتَ نَصْرَانِيٌّ وَأَمْرَأَتُهُ حَامِلٌ فَاسْلَمَتْ بَعْدَ مَوْتِهِ قَالَ: مَا فِي بَطْنِهَا مُسْلِمٌ قُلْتُ: يَرِثُ أَبَاهُ إِذَا كَانَ كَافِرًا وَهُوَ مُسْلِمٌ؟ قَالَ: لَا يَرِثُهُ فَصَرَّحَ بِالْمَنْعِ مِنْ إِرْثِهِ مِنْ أَبِيهِ مُعْلَلًا بِأَنَّ إِرْثَهُ يَتَأَخَّرُ إِلَى مَا بَعْدَ وَلَادَتِهِ، لِأَنَّهُ قَبْلَ ذَلِكَ مَشْكُوكٌ فِي وَجُودِهِ وَإِذَا تَأَخَّرَ تَوْرِيثُهُ إِلَى مَا

بَعْدَ الْوِلَادَةِ فَقَدْ سَبَقَ الْحُكْمُ بِإِسْلَامِهِ زَمَنَ الْوِلَادَةِ إِمَّا بِإِسْلَامِ أُمِّهِ كَمَا دَلَّ عَلَيْهِ كَلَامُ أَحْمَدَ هُنَا أَوْ بِمَوْتِ أَبِيهِ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ.

وَالْحُكْمُ بِالإِسْلَامِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْعِلْمِ بِهِ بِخِلَافِ التَّوْرِيثِ وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى أَنَّ التَّوْرِيثَ يَتَأَخَّرُ عَنْ مَوْتِ الْمَوْرُوثِ إِذَا انْعَقَدَ سَبَبُهُ فِي حَيَاةِ الْمَوْرُوثِ وَأَصُولُ أَحْمَدَ تَشْهَدُ لِذَلِكَ فِي إِسْلَامِ الْقَرِيبِ الْكَافِرِ قَبْلَ قِسْمَةِ الْمِيرَاثِ، وَأَمَّا عَلَى مَا صَرَّحَ بِهِ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ وَهُوَ مُقْتَضَى رَوَايَةِ الْكَحَّالِ فِي الثَّقَفَةِ فَيَرِثُ الْحَمْلُ بِمَوْتِ أَبِيهِ وَمِنْهُ وَإِنْ قُلْنَا: يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ بِمَوْتِ أَحَدِ آبَائِهِ كَمَا سَبَقَ تَقْرِيرُهُ فِي قَاعِدَةِ اقْتِرَانِ الْحُكْمِ وَمَانِعِهِ. وَأَمَّا إِنْ قِيلَ: لَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ بِمَوْتِ أَحَدٍ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ وَأَصَحُّ لَا خِطَاءَ فِيهِ وَقَدْ أَلَمَّ بِهِ بَعْضُ الْأَصْحَابِ وَأَمَّا الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ فَاضْطَرُّوا فِي تَخْرِيجِ كَلَامِ أَحْمَدَ وَلِلْقَاضِي فِي تَخْرِيجِهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُوهٍ:

الْأَوَّلُ: أَنَّ إِسْلَامَهُ قَبْلَ قِسْمَةِ الْمِيرَاثِ أَوْجَبَ مَنَعَهُ مِنَ التَّوْرِيثِ كَمَا أَنَّ إِسْلَامَ الْكَافِرِ قَبْلَ قِسْمَةِ مِيرَاثِ الْمُسْلِمِ يُوجِبُ تَوْرِيثَهُ اعْتِبَارًا بِالقِسْمَةِ فِي التَّوْرِيثِ وَالْمَنَعِ وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ وَهِيَ ظَاهِرَةُ الْفُسَادِ، لِأَنَّ إِسْلَامَ قَرِيبِ الْكَافِرِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَثُبُوتُ إِرْثِهِ لَا يَسْقُطُ تَوْرِيثُهُ مِنْهُ بِغَيْرِ خِلَافٍ فَإِنَّ تَوْرِيثَ الْمُسْلِمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ثَبَتَ تَرْغِيًا فِي الإِسْلَامِ وَحَقًّا عَلَيْهِ وَهَذَا الْمَقْصُودُ يَنْعَكِسُ هَاهُنَا.

وَالثَّانِي: أَنَّ هَذِهِ الصُّورَةَ مِنْ جُمْلَةِ صُورِ تَوْرِيثِ الطِّفْلِ الْمَحْكُومِ بِإِسْلَامِهِ بِمَوْتِ أَبِيهِ مِنْهُ وَنَصُّهُ هَذَا يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ التَّوْرِيثِ فَيَكُونُ رَوَايَةُ ثَانِيَّةً فِي الْمَسْأَلَةِ وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الرُّوَايَتَيْنِ وَهِيَ ضَعِيفَةٌ، لِأَنَّ أَحْمَدَ صَرَّحَ بِالتَّعْلِيلِ بِغَيْرِ ذَلِكَ وَلِأَنَّ تَوْرِيثَ الطِّفْلِ مِنْ أَبِيهِ الْكَافِرِ وَإِنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ بِمَوْتِهِ غَيْرُ مُخْتَلَفٍ فِيهِ حَتَّى نَقَلَ ابْنُ الْمُنْذِرِ وَغَيْرُهُ عَلَيْهِ الْإِجْمَاعَ فَلَا يَصِحُّ حَمْلُ كَلَامِ أَحْمَدَ عَلَى مَا يُخَالِفُ الْإِجْمَاعَ.

الثَّالِثُ: أَنَّ الْحُكْمَ بِإِسْلَامِ هَذَا الطِّفْلِ جُعِلَ بِشَيْئَيْنِ بِمَوْتِ أَبِيهِ وَإِسْلَامِ أُمِّهِ. وَهَذَا الثَّانِي مَانِعٌ قَوِيٌّ، لِأَنَّهُ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ فَلِذَلِكَ [مُنْعٌ] الْمِيرَاثِ بِخِلَافِ الْوَلَدِ الْمُتَفَصِّلِ إِذَا مَاتَ أَحَدُ آبَائِهِ فَإِنَّهُ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ وَلَا يُمْنَعُ إِرْثُهُ، لِأَنَّ الْمَانِعَ فِيهِ ضَعِيفٌ لِلَاخْتِلَافِ فِيهِ وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَهِيَ ضَعِيفَةٌ أَيْضًا وَمُخَالَفَةٌ لِتَعْلِيلِ أَحْمَدَ فَإِنَّ أَحْمَدَ إِنَّمَا عَلَّلَ بِسَبْقِ الْمَانِعِ لِتَوْرِيثِهِ لَا بِقُوَّةِ الْمَانِعِ وَضَعْفِهِ وَإِنَّمَا وَرَثَ أَحْمَدُ مِنْ حُكْمِ إِسْلَامِهِ بِمَوْتِ أَحَدِ آبَائِهِ لِمُقَارَنَةِ الْمَانِعِ لَا لِضَعْفِهِ.

وَمِنْهَا: ثُبُوتُ الْمِلْكِ لَهُ بِالْوَصِيَّةِ وَفِيهِ الْخِلَافُ السَّابِقُ بِالتَّوْرِيثِ وَاخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّ

الْوَصِيَّةُ لَهُ تَعْلِيْقٌ عَلَى خُرُوجِهِ حَيًّا وَالْوَصِيَّةُ قَابِلَةٌ لِلتَّعْلِيْقِ بِخِلَافِ الْهَبَةِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ تَارَةً وَافَقَ شَيْخُهُ وَتَارَةً خَالَفَهُ، وَحَكَمَ بِثُبُوتِ الْمِلْكِ مِنْ حِينَ مَوْتِ الْمُوصِي وَقَبُولِ الْوَكَيْلِ لَهُ، وَصَرَحَ بِهِ أَبُو الْمَعَالِي التَّنُوخِيُّ وَبِأَنَّهُ يَنْعَقِدُ الْحَوْلُ عَلَيْهِ مِنْ حِينَ الْحُكْمِ بِالْمِلْكِ إِذَا كَانَ مَالًا زَكَاةً وَكَذَلِكَ فِي الْمَمْلُوكِ بِالْإِرْثِ وَحَكَى وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ لَا يَجْرِي فِي حَوْلِ الزَّكَاةِ حَتَّى تَوْضَعَ لِلتَّرَدُّدِ فِي كَوْنِهِ حَيًّا مَالِكًا فَهُوَ كَالْمُكَاتَبِ وَلَا يُعْرَفُ هَذَا التَّفْرِيعُ فِي الْمَذْهَبِ.

وَمِنْهَا: الْإِفْرَارُ الْمَطْلُوقُ لِلْحَمْلِ هَلْ يَصِحُّ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَقَالَ التَّمِيمِيُّ: لَا يَصِحُّ وَقَالَ أَبُو حَامِدٍ وَالْقَاضِي: يَصِحُّ وَاخْتَلَفَ فِي مَأْخِذِ الْبُطْلَانِ فَقِيلَ: لِأَنَّ الْحَمْلَ لَا يَمْلِكُ إِلَّا بِالْإِرْثِ وَالْوَصِيَّةِ، فَلَوْ صَحَّ الْإِفْرَارُ لَهُ تَمَلَّكَ بِغَيْرِهِمَا وَهُوَ فَاسِدٌ فَإِنَّ الْإِفْرَارَ كَاشِفٌ لِلْمِلْكِ وَمَبِينٌ لَهُ لَا مُوجِبٌ لَهُ وَقِيلَ: لِأَنَّ ظَاهِرَ الْإِطْلَاقِ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمُعَامَلَةِ وَنَحْوِهَا وَهِيَ مُسْتَحِيلَةٌ مَعَ الْحَمْلِ وَهُوَ ضَعِيفٌ، لِأَنَّهُ إِذَا صَحَّ لَهُ الْمِلْكُ تَوَجَّهَ حَمْلُ الْإِفْرَارِ مَعَ الْإِطْلَاقِ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: لِأَنَّ الْإِفْرَارَ لِلْحَمْلِ تَعْلِيْقٌ لَهُ عَلَى شَرْطٍ فِي الْوِلَادَةِ، لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بِدُونِ خُرُوجِهِ حَيًّا وَالْإِفْرَارُ لَا يَقْبَلُ التَّعْلِيْقَ وَهَذِهِ طَرِيقَةُ ابْنِ عَقِيلٍ وَهِيَ أَظْهَرُ وَتَرْجِعُ الْمَسْأَلَةَ حَيْثُ تَبَدَّلَ إِلَى ثُبُوتِ الْمِلْكِ لَهُ وَاتَّفَاقِهِ كَمَا سَبَقَ.

وَمِنْهَا: اسْتِحْقَاقُ الْحَمْلِ مِنَ الْوَقْفِ وَالْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ كَمَا سَبَقَ أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ حَتَّى يُوضَعَ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: يَثْبُتُ لَهُ اسْتِحْقَاقُ الْوَقْفِ فِي حَالِ كَوْنِهِ حَمْلًا حَتَّى صَحَّحَ الْوَقْفَ عَلَى الْحَمْلِ ابْتِدَاءً وَقِيَاسُ قَوْلِهِ فِي الْهَبَةِ كَذَلِكَ إِذْ تَمْلِكُ الْحَمْلُ عِنْدَهُ تَمْلِكُ مُنْجَزٌ لَا مُعَلَّقٌ وَإِنَّمَا مَنَعَ الْقَاضِي صِحَّةَ الْهَبَةِ لَهُ، لِأَنَّ تَمْلِكَهُ مُعَلَّقٌ عَلَى خُرُوجِهِ حَيًّا وَالْهَبَةُ لَا تَقْبَلُ التَّعْلِيْقَ وَأَفْتَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ بِاسْتِحْقَاقِ الْحَمْلِ مِنَ الْوَقْفِ أَيْضًا وَيُمْكِنُ التَّفْرِيقُ عَلَى الْمَنْصُوصِ بَيْنَ الْوَقْفِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْإِرْثِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْهَبَةِ فَإِنَّ الْوَقْفَ إِنَّمَا الْمَقْصُودُ مَنَافِعُهُ وَثَمَرَاتُهُ وَفَوَائِدُهُ، وَهِيَ مُسْتَحَقَّةٌ عَلَى التَّائِيدِ لِقَوْمٍ بَعْدَ قَوْمٍ وَالْحَمْلُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْإِنْتِفَاعِ فَلَا يَسْتَحِقُّ مِنْهُ شَيْئًا مَعَ وُجُودِ الْمُتَنَفِّعِينَ بِهِ حَتَّى يُولَدَ وَيَحْتَاجَ إِلَى الْإِنْتِفَاعِ مَعَهُمْ بِخِلَافِ الْمِلْكِ الَّذِي يَخْتَصُّ بِهِ وَاحِدٌ مُعَيَّنٌ لَا يَشَارِكُهُ فِيهِ غَيْرُهُ، فَإِنَّ هَذَا ثَبَتَ لِلْحَمْلِ وَلَا يَجُوزُ انْتِزَاعُهُ مِنْهُ مَعَ وُجُودِهِ، وَلِئَلَّا مِنْ ذَلِكَ صِحَّةُ الْوَقْفِ عَلَى الْحَمْلِ الْمُعَيَّنِ دُونَ اسْتِحْقَاقِهِ مَعَ أَهْلِ الْوَقْفِ.

وَمِنْهَا: الْآخِذُ لِلْحَمْلِ بِالشُّقْعَةِ إِذَا مَاتَ مُورَثُهُ بَعْدَ الْمَطَالَبَةِ، قَالَ الْأَصْحَابُ: لَا يُؤْخَذُ لَهُ ثُمَّ مِنْهُمْ مَنْ عَلَّلَ بِأَنَّهُ لَا يَخْطِئُنِي وَجُودُهُ وَمِنْهُمْ مَنْ عَلَّلَ بِإِنْتِفَاءِ مِلْكِهِ وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ

بِالْأَخْذِ لَهُ بِالشُّعْعَةِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ لَهُ حُكْمًا وَمِلْكًا.

وَمِنْهَا: اللَّعَانُ عَلَى الْحَمَلِ، وَفِيهِ رَوَاتَانِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَفِي كِتَابِ الرُّوَايَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: لَا يَصِحُّ نَفْيُهُ وَلَا الْإِتِّعَانُ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ غَيْرُ مُحَقَّقٍ، نَقَلَهَا أَبُو طَالِبٍ وَحَنَبِلٌ وَالْمِيمُونِيُّ عَنْ أَحْمَدَ وَعَلَّلَ بِاحْتِمَالِ كَوْنِهِ رِيحًا وَهَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ.

وَالثَّانِيَةِ: تَلَاَعُنُ بِالْحَمَلِ نَقَلَهَا ابْنُ مَنصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ، قَالَ الْخَلَّالُ: هُوَ قَوْلٌ أَوَّلٌ وَذَكَرَ النَّجَّادُ أَنَّهُ هُوَ الْمَذْهَبُ وَاخْتَارَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ يَخْرُجُ صِحَّةُ اسْتِلْحَاقِ الْحَمَلِ وَالْإِفْرَارُ بِهِ، لِأَنَّ لِحُقُوقَ النَّسَبِ أَسْرَعَ ثُبُوتًا مِنْ نَفْيِهِ وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْإِفْرَارُ بِهِ وَهُوَ مُنْزَلٌ عَلَى قَوْلِهِ: إِنَّهُ لَا يَنْتَفِي بِاللَّعَانِ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: وَجُوبُ الْغُرَّةِ بِقَتْلِهِ إِذَا أَلْقَتْهُ أُمُّهُ مَيِّتًا مِنَ الضَّرْبِ وَهُوَ ثَابِتٌ بِالسَّنَةِ الصَّحِيحَةِ (١) وَقَدْ أَنْكَرَ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى مَنْ اعْتَرَضَ عَلَى ذَلِكَ مُعَلَّلًا بِأَنَّهُ لَمْ يَشَارِكِ الْأَحْيَاءُ فِي صِفَاتِهِمْ الْخَاصَّةِ مِنَ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَالْإِسْتِهْلَالِ وَأَنَّ ذَلِكَ يَقْتَضِي إِهْدَارَهُ، وَنَسَبَهُ إِلَى أَنَّهُ مِنْ إِخْوَانِ الْكُفَّانِ حَيْثُ تَكَلَّمَ بِكَلَامٍ مُسَجَّعٍ بَاطِلٍ فِي نَفْسِهِ، وَالْعَجَبُ كُلُّ الْعَجَبِ مِمَّنْ يَدْعِي التَّحْقِيقَ وَيَرْتَضِي لِنَفْسِهِ مُشَارَكَةَ هَذَا الْمُعْتَرِضِ، وَيَقُولُ الْقِيَاسُ يَقْتَضِي إِهْدَارَهُ وَلَيْسَ كَمَا ظَنَّهُ فَإِنَّ هَذَا الْجَنِينَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ صَادَفَهُ الضَّرْبُ وَفِيهِ حَيَاةٌ وَيَكُونُ ذَلِكَ قَبْلَ وَجُودِ الْحَيَاةِ فِيهِ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَدْ فَارَقَتْهُ الْحَيَاةُ، لِأَنَّهُ لَوْ مَاتَ لَمْ يَسْتَقِرَّ فِي الْبَطْنِ وَحَيْثُ تَدُورُ فَالْجَانِي إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَتَلَهُ أَوْ مَنَعَ انْعِقَادَ حَيَاتِهِ فَضَمِنَهُ بِالْغُرَّةِ لِتَفْوِيتِ انْعِقَادِ حَيَاتِهِ كَمَا ضَمِنَ الْمَغْرُورُ وَلَكِنَّهُ بِالْغُرَّةِ لِتَفْوِيتِ انْعِقَادِهِمْ أَرْقَاءَ وَلَمْ يَضْمِنُوا كَمَالَ الدِّيَةِ وَالْقِيمَةَ أَيْضًا فَإِنَّ دَلَائِلَ حَيَاتِهِ وَسُقُوطِهِ مَيِّتًا عَقِيبَ الضَّرْبَةِ كَالْقَاطِعِ بِأَنَّهَا هِيَ الَّتِي قَتَلَتْهُ وَلَعَلَّ ذَلِكَ الظَّنَّ فَوَتْ مَرْتَبَةَ اللَّوْثِ الْمَوْجِبِ لِلْقَسَامَةِ، وَإِنْ مَاتَتْ أُمُّهُ قَبْلَهُ فَمَوْتُهَا سَبَبُ قَتْلِهِ بِالِاخْتِنَاقِ وَفَقْدِ التَّعَدِّي. وَذَلِكَ يُوجِبُ الضَّمَانَ وَلَا يُشْتَرَطُ الْإِنْفِصَالُ إِلَّا لِثُبُوتِ الضَّمَانِ فِي الظَّاهِرِ فَلَوْ مَاتَتْ الْأُمُّ وَجَنِينُهَا وَجَبَ ضَمَانُهُمَا لَكِنْ اشْتَرَطَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ الْإِنْفِصَالَ، قَالَ فِي امْرَأَةٍ قُتِلَتْ وَهِيَ حَامِلٌ: إِذَا لَمْ يُلْقَ الْجَنِينَ فَلَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ، قَالَ الْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ: يَكْفِي أَنْ يَظْهَرَ

(١) وذلك في حديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال: اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلها وما في بطنها، فاخصموا إلى رسول الله ﷺ... مسند أبي عوانة (١) حديث (٦١٩٤). (١٠٧/٤).

مِنْهُ يَدٌ أَوْ رَجُلٌ أَوْ يَكُونُ قَدْ انْشَقَّ جَوْفُهَا فَشُوهِدَ الْجَنِينُ وَإِنْ لَمْ يَنْفَصِلْ، لِأَنَّ الْعِلْمَ بِحَالِهِ يَحْصُلُ بِذَلِكَ وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ: إِذَا كَانَ الْجَنِينُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ فَقُتِلَتِ الْأُمُّ وَمَاتَ الْجَنِينُ فَعَلَى الْعَاقِلَةِ دِيَّةُ الْأُمِّ وَدِيَّةُ الْجَنِينِ وَلَمْ يَشْتَرَطِ الْإِنْفِصَالُ.

وَلَوْ مَاتَتْ امْرَأَةٌ وَشُوهِدَ لِحَوْفِهَا حَرَكَةٌ ثُمَّ عَصِرَ جَوْفُهَا فَخَرَجَ الْجَنِينُ مَيِّتًا فَهَلْ تَضْمَنَهُ الْعَاصِرَةُ عَلَى احْتِمَالَيْنِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي خِلَافِهِمَا: أَحَدُهُمَا: تَضْمَنُهُ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ مَاتَ بِجِنَايَةِ الْعَصْرِ. وَالثَّانِي: لَا يُضْمَنُ، لِأَنَّهُ مُنْخَقٌ بِمَوْتِ أُمِّهِ فَلَا يَبْقَى جِنَايَةُ بَعْدَهَا.

وَهَلْ يَخْتَصُّ الضَّمَانُ بِجَنِينِ الْأَدَمِيَّةِ أَمْ يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهَا مِنَ الْحَيَوَانَاتِ؟ ذَهَبَ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ إِلَى الْإِخْتِصَاصِ، لِأَنَّ ضَمَانَ الْجَنِينِ الْمَيِّتِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، قَالُوا: وَإِنَّمَا يَجِبُ ضَمَانُ مَا نَقَصَ مِنْ أُمِّهِ بِالْجِنَايَةِ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ، وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: يَجِبُ ضَمَانُ جَنِينِ الْبَهَائِمِ بِعُشْرِ قِيَمَةِ أُمِّهِ كَجَنِينِ الْأَمَةِ وَقِيَاسُهُ جَنِينِ الصَّيْدِ فِي الْحَرَمِ وَالْإِحْرَامِ، وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يُضْمَنُ بِمَا نَقَصَ أُمُّهُ أَيْضًا، لِأَنَّ غَيْرَ الْأَدَمِيِّ لَا يُضْمَنُ بِمُقَدَّرٍ وَإِنَّمَا يُضْمَنُ بِمَا نَقَصَ.

وَلَوْ أَلْقَتْ الْبَهِيمَةُ بِالْجِنَايَةِ جَنِينًا حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَاحْتِمَالَانِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الرَّهْنِ: أَحَدُهُمَا: يُضْمَنُ قِيَمَةُ الْوَلَدِ حَيًّا لَا غَيْرُ. وَالثَّانِي: عَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ مَا نَقَصَتْ الْأُمُّ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ فِي الْأَمَةِ إِذَا أَسْقَطَتِ الْجَنِينَ، هَلْ يَجِبُ ضَمَانُهُ فَقَطْ، أَوْ يَجِبُ مَعَهُ ضَمَانُ نَقْصِهَا أَوْ ضَمَانُ أَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ ثَلَاثَ احْتِمَالَاتٍ وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ وَلَمْ يَذْكُرِ الْقَاضِي سِوَاهُ وَخَرَجَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ أَنَّ جَنِينَ الْأَمَةِ يُضْمَنُ بِمَا نَقَصَتْ أُمُّهُ لَا غَيْرُ بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ: إِنَّ الرَّقِيقَ لَا يُضْمَنُ بِمُقَدَّرٍ بَلْ بِمَا يَنْقُصُ بِكُلِّ حَالٍ.

وَلَوْ قَتَلَ صَيْدًا مَآخِضًا فَفِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ:

أَحَدُهَا: يَفْدِيهِ بِمِثْلِهِ مِنَ النَّعَمِ مَآخِضٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ.

وَالثَّانِي: يَفْدِيهِ بِقِيَمَتِهِ مِثْلَهُ، لِأَنَّ اللَّحْمَ الْمَآخِضَ يَفْسُدُ قِيَمَةُ الْمِثْلِ أَزِيدُ مِنْ قِيَمَةِ لَحْمِهِ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي.

وَالثَّالِثُ: يُجْزِيهِ أَنْ يَفْدِيَهُ بِمِثْلِهِ غَيْرَ مَآخِضٍ، لِأَنَّ هَذِهِ الصِّفَةَ عَيْبٌ فِي اللَّحْمِ فَلَا يُعْتَبَرُ فِي الْمِثْلِ كَسَائِرِ الْعُيُوبِ ذَكَرَهُ فِي الْمُغْنِيِّ احْتِمَالًا.

وَمِنْهَا: هَلْ يُوصَفُ قَتْلُ الْجَنِينِ بِالْعَمْدِيَّةِ أَمْ لَا؟، قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ فِي

أَمْرًا شَرِبْتُ دَوَاءً فَاسْقَطْتُ: إِنْ كَانَتْ تَعَمَّدَتْ فَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُعْتَقَ رَقَبَةً، وَإِنْ سَقَطَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَالِدِيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهَا لِأَيِّهِ وَلَا يَكُونُ لِأُمِّهِ شَيْءٌ، لِأَنَّهَا الْقَاتِلَةُ. قِيلَ لَهُ: فَإِنْ شَرِبْتَ عَمْدًا؟ قَالَ: هُوَ شِبْهُ الْعَمْدِ شَرِبْتُ وَلَا تَذَرِي يَسْقُطُ أَمْ لَا. عَسَى لَا يَسْقُطُ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْهُ عَمْدًا لِلشَّكِّ فِي وَجُودِهِ لَا لِلشَّكِّ فِي الإسْقَاطِ بِالدَّوَاءِ، لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ الإسْقَاطُ مَعْلُومًا كَمَا أَنَّ الْقَتْلَ بِالسُّمِّ وَنَحْوَهُ مَعْلُومٌ وَمِنْ هَذِهِ الرِّوَايَةِ أَخَذَ الْأَصْحَابُ رِوَايَةَ وَجُوبِ الْكَفَّارَةِ بِقَتْلِ الْعَمْدِ وَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ صَرَحَ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَمْدٍ وَإِنَّمَا هُوَ شِبْهُ عَمْدٍ.

وَمِنْهَا: عِتْقُ الْجَنِينِ هَلْ يَنْفَعُ مِنْ حِينِهِ أَوْ هُوَ مَوْقُوفٌ عَلَى خُرُوجِهِ حَيًّا؟ فِي الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: يَنْفَعُ مِنْ حِينِهِ وَهُوَ الْمَذْهَبُ.

وَالثَّانِيَةُ: لَا يُعْتَقُ حَتَّى تَضَعَهُ حَيًّا نَصًّا عَلَيْهَا فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ قَالَ: لَا يَجِبُ الْعِتْقُ إِلَّا بِالْوِلَادَةِ، وَهُوَ عَبْدٌ حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ حَيٌّ أَوْ مَيِّتٌ وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ إِذَا أُعْتِقَ تَبَعًا لِعِتْقِ أُمِّهِ أَوْ يَمْلِكُهُ مِمَّنْ يُعْتَقُ بِرَحِمٍ وَيَتَفَرَّغُ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ فُرُوعٌ:

الْفَرْعُ الْأَوَّلُ: لَوْ زَوَّجَ ابْنُهُ بِأَمَتِهِ فَوَلَدَتْ وَلَدًا بَعْدَ مَوْتِ الْجَدِّ سَيِّدِ الْأُمَةِ فَإِنْ قُلْنَا: يُعْتَقُ الْحَمْلُ فَقَدْ عِتَّقَ عَلَى جَدِّهِ نَصًّا عَلَى ذَلِكَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ وَصَالِحٍ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُعْتَقُ حَتَّى يُوَضَعَ فَهُوَ تَرَكَةً مَوْزُونَةً عَنْ سَيِّدِهِ فَيَرِثُ مِنْهُ أَبُوهُ وَأَعْمَامُهُ بِقَدْرِ حِصَصِهِمْ وَيُعْتَقُ عَلَيْهِمُ بِالْمِلْكِ نَصًّا عَلَى ذَلِكَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ وَهَذَا لِأَنَّا إِنْ قُلْنَا: لَيْسَ لِلْحَمْلِ حُكْمٌ فَالْمَعْنَى أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ لَهُ حُكْمُ الْأَوْلَادِ الْمُسْتَقْلِلِينَ وَإِلَّا فَهُوَ مَوْجُودٌ حَقِيقَةً وَمَوْدَعٌ فِي أُمِّهِ فَالْمِلْكِ فِيهِ قَائِمٌ وَطَرَدَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ الْخِلَافَ فِي ثُبُوتِ مِلْكِهِ أَيْضًا وَذَكَرَا فِي الْوَصِيَّةِ أَنَّهُ لَوْ وَصَّى بِأَمَةٍ لَزَوَّجَهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ فَوَلَدَتْ فَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمْلِ حُكْمٌ فَهُوَ مُوصَى بِهِ مَعَهَا يَتَّبِعُهَا فِي الْوَصِيَّةِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا حُكْمَ لَهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْوَصِيَّةِ وَكَانَ مِلْكًا لِمَنْ وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ، لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ ثَبَتَ لَهُ حُكْمٌ بِظُهُورِهِ. فَإِنْ وَلَدَتْهُ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي فَهُوَ لَهُ أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ فَهُوَ لِمَنْ حَكَمْنَا لَهُ بِالْمِلْكِ فِي تِلْكَ الْحَالِ عَلَى الْخِلَافِ فِيهِ وَإِنْ وَلَدَتْهُ بَعْدَ قَبُولِهِ فَهُوَ لَهُ وَيُعْتَقُ عَلَيْهِ، وَهَذَا يَقْتَضِي هَاهُنَا أَنَّا إِذَا قُلْنَا: لَا حُكْمَ لِلْحَمْلِ وَلَا يُعْتَقُ عَلَى جَدِّهِ فَمَاتَ الْجَدُّ وَوُضِعَ بَعْدَ مَوْتِهِ أَنَّهُ إِذَا كَانَ وَضَعُهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ مِلْكٌ لِمَنْ حَصَلَتْ الْأُمَةُ لَهُ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ لَا، لِأَنَّهُ مَوْزُونٌ عَنْ أَبِيهِمْ بَلْ، لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكِهِمُ الْمُشْتَرَكِ فَظَهَرَ بِهَذَا أَنَّ لِلْأَصْحَابِ فِي مَعْنَى كَوْنِ الْحَمْلِ لَهُ حُكْمٌ أَوْ لَا

حُكْمَ لَهُ طَرِيقَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ هَلْ هُوَ كَجُزٍّ مِنْ أَجْزَاءِ أُمِّهِ أَوْ كَالْمَعْدُومِ وَإِنَّمَا يُحْكَمُ بِوُجُودِهِ بِالْوَضْعِ.
وَالثَّانِي: وَهُوَ الْمَنْصُوصُ أَنَّهُ مَمْلُوكٌ مُتَفَصِّلٌ عَنْ أُمِّهِ وَمُودَعٌ فِيهَا وَلَكِنْ هَلْ يَثْبُتُ لَهُ
حُكْمُ الْوَلَدِ الْمُسْتَقِلِّ بِدُونِ انفصالِهِ أَوْ لَا يَثْبُتُ لَهُ ذَلِكَ حَتَّى يَنْفَصَلَ.

الْفَرْعُ الثَّانِي: إِذَا أَعْتَقَ الْأُمَّةَ الْحَامِلَ عَتَقَ حَمْلَهَا مَعَهَا، وَلَكِنْ هَلْ يَقِفُ عِتْقُهُ عَلَى
انفصالِهِ أَوْ يُعْتَقُ مِنْ حِينِ عِتْقِ أُمِّهِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَقِيَاسُ مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ أَنَّهُ لَا
يُعْتَقُ بِالْكُلِّيَّةِ إِذْ هُوَ كَالْمَعْدُومِ قَبْلَ الْوَضْعِ وَهُوَ بَعِيدٌ جِدًّا فَإِنَّ أَسْوَأَ مَا يَقْدَرُ فِي الْحَمْلِ أَنَّهُ
وَرَدَ عَلَيْهِ الْعِتْقُ فِي حَالٍ مَنَعَ مِنْ نُفُوزِهِ مَانِعٌ فَوْقَ عَلَى زَوَالِهِ كَعِتْقِ الْمَرِيضِ لِكُلِّ رَقِيقِهِ،
فَإِنَّهُ يَقِفُ عَلَى إِجَارَةِ الْوَرَثَةِ وَمِنْ أَصْلِنَا أَنَّ الْعِتْقَ قَبْلَ الْمِلْكِ يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ عَلَيْهِ فِي ظَاهِرِ
الْمَذْهَبِ فَإِنْ كَانَ أَصْلُهُ مَوْجُودًا فِي مِلْكِهِ صَحَّ تَعْلِيْقُهُ بِغَيْرِ خِلَافٍ عِنْدَ الْمُحَقِّقِينَ كَمَنْ قَالَ
لَأُمَّتِهِ كُلُّ وَلَدٍ تَلِدُونَهُ حُرٌّ، وَهَذَا الْعِتْقُ قَدْ بَاشَرَ بِالْعِتْقِ أُمَّتَهُ وَحَمْلَهَا مُتَصِلٌ بِهَا فَوْقَ نُفُوزِ
عِتْقِهِ عَلَى صَلَاحِيَّتِهِ لِلْعِتْقِ بِظُهُورِهِ، وَقَدْ صَرَّحَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِأَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ الْحَمْلَ وَكَانَ
عَلَقَةً عَتَقَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَمْلُوكًا حِينَئِذٍ نَظَرُ إِلَى هَذَا الْمَعْنَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الْفَرْعُ الثَّالِثُ: أَعْتَقَ الْأُمَّةَ وَاسْتَتَى حَمْلَهَا صَحَّ وَكَانَ الْوَلَدُ رَقِيقًا نَصَّ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةِ
جَمَاعَةٍ وَتَوَقَّفُ فِيهِ رَوَايَةُ ابْنِ الْحَكَمِ، وَخَرَجَ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي أَنَّهُ لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ
بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ كَجُزٍّ مِنْ أَجْزَائِهَا وَخَرَجُوهُ مِنْ عَدَمِ صِحَّةِ اسْتِثْنَائِهِ فِي الْبَيْعِ، وَلَا يَصِحُّ، لِأَنَّ
الْبَيْعَ تَنَافِيهِ الْجَهَالَةُ بِخِلَافِ الْعِتْقِ.

الْفَرْعُ الرَّابِعُ: أَعْتَقَ الْمُسِيرَ أُمَّةً لَهُ حَمْلَهَا لِغَيْرِهِ فَهَلْ يُعْتَقُ بِالسَّرَايَةِ أَمْ لَا؟ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ
مُسْتَقِلٌّ بِنَفْسِهِ لَمْ يَسِرْ إِلَيْهِ الْعِتْقُ وَإِنَّمَا دَخَلَ مَعَ الْأُمِّ إِذَا كَانَ مَمْلُوكًا لِمَالِكِهَا تَبَعًا لَا تَصَالِهِ
بِالْأُمِّ وَاجْتِمَاعِهِمَا فِي مِلْكِهِ كَمَا يَتَّبِعُ الطَّلُعُ الْمُؤَبَّرُ لِلنَّخْلِ فِي الْعَقْدِ إِذَا كَانَ مِلْكًا لِمَالِكِهِ وَلَا
يَتَّبِعُ إِذَا كَانَ مِلْكًا لِغَيْرِهِ وَهَذَا اخْتِبَارُ السَّامِرِيِّ وَصَاحِبِي التَّلْخِيصِ وَالْمُحَرَّرِ. وَقَالَ الْقَاضِي
وَالشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ وَأَبُو الْخَطَّابِ: يُعْتَقُ وَيُضْمَنُ لِمَالِكِهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ كَجُزٍّ مِنْهَا.

الْفَرْعُ الْخَامِسُ: لَوْ أَعْتَقَ الْحَمْلَ وَحَدَّهُ صَحَّ وَنَفَذَ وَهَلْ يُعْتَقُ مِنْ حِينِهِ أَوْ يَقِفُ عَلَى
خُرُوجِهِ حَيًّا مَبْنِيًّا عَلَى مَا سَبَقَ وَأَشَارَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي دِيَاتِ الْأَجْنَةِ إِلَى خِلَافِ لَنَا
فِي صِحَّةِ عِتْقِهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ كَالْمَعْدُومِ وَهُوَ ضَعِيفٌ. وَقِيَاسُ قَوْلِ مَنْ قَالَ: هُوَ كَجُزٍّ مِنْهَا أَنْ
يَسْرِيَ عِتْقُهُ إِلَيْهَا وَهُوَ ضَعِيفٌ أَيْضًا. وَيَبْنِي عَلَى هَذَا الْفَرْعِ لَوْ ضَرَبَ بَطْنَ أُمِّهِ حَامِلٍ فَأَعْتَقَ

السَّيِّدُ حَمَلَهَا بَعْدَ الْجَنَابَةِ أَوْ أَعْتَقَهُ السَّيِّدُ ثُمَّ جُنِيَ عَلَيْهِ ثُمَّ انْفَصَلَ مِيتًا أَوْ انْفَصَلَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ عَقِيبَ الانْفِصَالِ. فَهَذَا يَنْبَنِي عَلَى أَنَّ الْعِتْقَ هَلْ حَصَلَ قَبْلَ الْانْفِصَالِ أَوْ لَمْ يَحْصُلْ إِلَّا بَعْدَهُ، وَعَلَى أَصْلٍ آخَرَ وَهُوَ إِذَا جَرَحَ رَقِيقًا ثُمَّ عَتَقَ فَسَرَى إِلَى نَفْسِهِ فَمَاتَ هَلْ يَضْمَنُهُ بِدِيَةِ حُرٍّ أَوْ بِقِيَمَةِ عَبْدٍ عَلَى رِوَايَتَيْنِ فَإِذَا عَلِمَ هَذَا فَهَهُنَا صُورٌ أَرْبَعَةٌ:

أَحَدُهَا: أَنْ يُجَنِيَ عَلَيْهِ ثُمَّ يَعْتِقَ ثُمَّ يَنْفَصِلَ مِيتًا فَيَنْبَنِي عَلَى أَنَّ الْعِتْقَ هَلْ حَصَلَ لَهُ حَالُ كَوْنِهِ حَمَلًا أَمْ لَا، فَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَحْصُلْ لَهُ الْعِتْقُ حَيْثُ وَجَبَ ضَمَانُهُ بِضَمَانِ جَنِينٍ مَمْلُوكٍ عَشْرُ قِيَمَةِ أُمِّهِ، وَإِنْ قُلْنَا: قَدْ عَتَقَ أَنْبَنَى عَلَى الْخِلَافِ فِي اعْتِبَارِ الضَّمَانِ بِحَالِ السَّرَّاءِ أَوْ الْجَنَابَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: الْاعْتِبَارُ بِحَالِ الْجَنَابَةِ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ قُلْنَا: بِحَالِ السَّرَّاءِ فَفِيهِ غَرَّةٌ ضَمَانِ جَنِينٍ حُرٍّ. وَقِيلَ: يَضْمَنُهُ ضَمَانُ رَقِيقٍ وَجْهًا وَاحِدًا كَذَلِكَ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ إِذْ لَمْ يَتَحَقَّقْ عِتْقُهُ لِحَوَازِ تَلَفِهِ قَبْلَهُ وَحَكَايَا أَيْضًا فِيمَا إِذَا لَوْ أَعْتَقَ الْأُمُّ بَعْدَ الْجَنَابَةِ ثُمَّ أَلْقَتْ جَنِينَهَا وَجْهَيْنِ مُخْرَجَيْنِ مِنَ الْاخْتِلَافِ فِي اعْتِبَارِ حَالَةِ السَّرَّاءِ أَوْ الْجَنَابَةِ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا غَيْرُ مُتَوَجِّهِ.

وَالصُّورَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يُجَنِيَ عَلَيْهِ ثُمَّ يَعْتِقَ ثُمَّ يَنْفَصِلَ حَيًّا ثُمَّ يَمُوتَ فَقَدْ حَصَلَ لَهُ الْعِتْقُ بِغَيْرِ خِلَافٍ فَيَنْبَنِي عَلَى الْخِلَافِ فِي اعْتِبَارِ الضَّمَانِ هَلْ هُوَ بِحَالَةِ السَّرَّاءِ أَوْ الْجَنَابَةِ؟ كَمَا تَقَدَّمَ وَفِي مَسْوَدَةٍ شَرَحَ الْهِدَايَةَ يَضْمَنُهُ بِدِيَةِ حُرٍّ رَوَايَةً وَاحِدَةً وَهُوَ سَهْوٌ.

وَالصُّورَةُ الثَّالِثَةُ: أَنْ يَعْتِقَ أَوَّلًا ثُمَّ يُجَنِيَ عَلَيْهِ ثُمَّ يَنْفَصِلَ حَيًّا، فَيَجِبُ ضَمَانُهُ بِدِيَةِ حُرٍّ إِنْ قُلْنَا: عَتَقَ وَهُوَ حَمْلٌ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَعْتِقُ إِلَّا بَعْدَ الْانْفِصَالِ أَنْبَنَى عَلَى الْخِلَافِ فِي اعْتِبَارِ الضَّمَانِ هَلْ هُوَ بِحَالَةِ الْجَنَابَةِ أَوْ السَّرَّاءِ، فَإِنْ قُلْنَا: بِحَالَةِ السَّرَّاءِ ضَمِنَهُ بِدِيَةِ حُرٍّ وَإِلَّا ضَمِنَهُ ضَمَانُ رَقِيقٍ وَظَاهِرُ كَلَامِ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ أَنَّهُ يَجِبُ ضَمَانُهُ بِدِيَةِ حُرٍّ وَجْهًا وَاحِدًا، لِأَنَّ الْجَنَابَةَ وَقَعَتْ بَعْدَ الْعِتْقِ الْمُبَاشِرِ وَوُجِدَ الْمَوْتُ بَعْدَ التَّفْوِذِ وَفِيهِ نَظَرٌ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ كَمَنْ جُنِيَ عَلَيْهِ بَعْدَ التَّعْلِيقِ ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ وُجُودِ الصِّفَةِ.

وَالصُّورَةُ الرَّابِعَةُ: أَنْ يَعْتِقَ ثُمَّ يُجَنِيَ عَلَيْهِ ثُمَّ يَنْفَصِلَ مِيتًا، فَإِنْ قُلْنَا: عَتَقَ وَهُوَ حَمْلٌ ضَمِنَهُ ضَمَانُ جَنِينٍ حُرٍّ وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ لَمْ يَعْتِقْ ضَمِنَهُ ضَمَانُ جَنِينٍ رَقِيقٍ وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ ابْنُ مَنْصُورٍ مُعَلَّلًا بِأَنَّهُ لَمْ يَعْتِقْ بَعْدُ، وَفِي الْخِلَافِ الْكَبِيرِ وَالْمُحَرَّرُ أَنَّ حَرَبًا نَقَلَ ذَلِكَ أَيْضًا عَنْ أَحْمَدَ وَلَيْسَ كَذَلِكَ وَإِنَّمَا حَكَاهُ أَحْمَدُ فِي رَوَايَتِهِ عَنِ الزُّهْرِيِّ، وَقَالَ: مَا أَدْرِي كَيْفَ وَجْهَهُ. وَقَالَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ: إِذَا قُلْنَا: لَا يَصِحُّ عِتْقُ الْحَمْلِ فَوُجُودُهُ كَعَدَمِهِ فِي جَمِيعِ

هَذِهِ الصُّورُ فَهُوَ ضَعِيفٌ كَمَا سَبَقَ.

وَمِنْهَا: وَرُودُ الْعُقُودِ عَلَى الْحَامِلِ كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْإِصْدَاقِ، قَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ: إِنْ قُلْنَا: لِلْحَمْلِ حُكْمٌ فَهُوَ دَاخِلٌ فِي الْعَقْدِ وَيَأْخُذُ قِسْطًا مِنَ الْعِيُوضِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا حُكْمَ لَهُ لَمْ يَأْخُذْ قِسْطًا مِنَ الْعِيُوضِ وَكَانَ بَعْدَ وَضْعِهِ حُكْمُهُ حُكْمُ النَّمَاءِ الْمُتَفَصِّلِ فَلَوْ رَدَّتْ الْعَيْنُ بِعَيْبٍ أَوْ إِفْلَاسٍ أَوْ طَلَاقٍ، فَإِنْ قُلْنَا: لَهُ حُكْمٌ، رُدَّ مَعَ الْأَصْلِ وَإِلَّا كَانَ حُكْمُهُ حُكْمُ النَّمَاءِ، وَقِيَاسُ الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْحَمْلِ أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ وَأَنَّهُ تَرْكَةٌ مَوْزُونَةٌ يَقْتَضِي أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْأَجْزَاءِ لَا حُكْمُ الْوَلَدِ الْمُتَفَصِّلِ، فَيَجِبُ رَدُّهُ مَعَ الْعَيْنِ وَإِنْ قُلْنَا: لَا حُكْمَ لَهُ إِذَا الْمُرَادُ بِذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ لَهُ حُكْمُ الْأَوْلَادِ لَا أَنَّهُ مَعْدُومٌ وَهَذَا أَصَحُّ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَكْثَرِينَ فِي مَسْأَلَةِ الْفَلَسِ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا يُعْتَبَرُ لَهُ الْقَبْضُ مِنَ الْعُقُودِ كَالرَّهْنِ وَالْهَبَةِ وَمَا لَا يُعْتَبَرُ قَبْضُهُ وَيَحْصُلُ قَبْضُهُ تَبَعًا لِأَمِّهِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَيَتَخَرَّجُ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ مَسْأَلَةُ اشْتِرَاطِ الْحَمْلِ فِي الْبَيْعِ وَالسَّلَمِ فِي الْحَيَوَانِ الْحَامِلِ وَغَيْرِ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: جَنِينُ الدَّابَّةِ الْمَذَكَّاةِ هَلْ يُحْكَمُ بِزَكَاتِهِ مَعَهَا قَبْلَ الْانْفِصَالِ أَمْ لَا؟ قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُتُوْنِهِ: لَا يُحْكَمُ بِذَكَاتِهِ إِلَّا بَعْدَ الْانْفِصَالِ وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ خِلَافُهُ فَإِنَّهُ قَالَ: هُوَ رُكْنٌ مِنْ أَرْكَانِهَا وَفَرَّقَ بَيْنَ الْجَنِينِ وَالْوَلَدِ الْمُتَفَصِّلِ بِأَنَّ الْجَنِينَ فِيهِ غَرَّةٌ وَالْوَلَدُ فِيهِ الدِّيَّةُ فَعَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حُكْمُ الْأَوْلَادِ، وَهَذَا يُرْجَحُ أَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ الْأُمِّ وَأَنَّ تَذَكِّيَّتَهُ تَابِعٌ لِتَذَكِّيَّتِهَا، وَأَمَّا إِنْ قِيلَ: بِأَنَّهُ وَلَدٌ مُسْتَقِلٌّ فِيهِ نَظَرٌ، وَقَدْ يَنْبَنِي عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ هَلْ يَجِبُ فِيهِ إِرَاقَةٌ دَمِهِ إِذَا خَرَجَ أَمْ لَا وَكَلَامُ أَحْمَدَ فِي ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى رَوَايَتَيْنِ، وَأَكْثَرُ النُّصُوصِ عَنْهُ يَدُلُّ عَلَى الْاسْتِحْبَابِ فَقَطْ وَفِي بَعْضِهَا مَا يُشْعِرُ بِالْوُجُوبِ وَهَذَا يَنْزِعُ إِلَى أَنَّهُ وَلَدٌ مُسْتَقِلٌّ لَكِنْ عُمِي عَنْ مَوْتِهِ بِغَيْرِ تَذَكِّيَّةٍ لَا تَتَّصَلُ بِأُمِّهِ عِنْدَ تَذَكِّيَّتِهَا ثُمَّ وَجِبَ سَفْحُ دَمِهِ لِيَحْصُلَ مَقْصُودُ التَّذَكِّيَّةِ فِيهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا مَاتَتْ الْحَامِلُ وَصَلَّى عَلَيْهَا هَلْ يَتَوَيَّ الصَّلَاةُ عَلَى حَمْلِهَا، قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُتُوْنِهِ: لَا، وَعَلَّلَ بِالشَّكِّ فِي وُجُودِهِ وَهَذَا مُتَوَجِّهٌ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ كَالْمَعْدُومِ قَبْلَ الْانْفِصَالِ، وَعَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ كَالْجُزْءِ مِنَ الْأُمِّ أَيْضًا. وَأَمَّا إِنْ قِيلَ: بِأَنَّهُ وَلَدٌ مُسْتَقِلٌّ فِيهِ نَظَرٌ. وَقَدْ يُقَالُ: شَرْطُ ثُبُوتِ الْأَحْكَامِ لَهُ ظُهُورُهُ وَلَمْ يُوْجَدْ فَهَذَا مُتَوَجِّهٌ.

القاعدة الخامسة والثمانون:

الحقوق خمسة أنواع:

أحدها: حقُّ ملكٍ كحقِّ السيِّد في مال المكَاتِب ومال القنِّ إذا قُلْنَا: يُمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ وَمَا يَمْتَنِعُ إِرْثُهُ لِمَانِعٍ كَالْتَرَكَةِ الْمُسْتَغْرَقَةِ بِالذَّيْنِ عَلَى رِوَايَةٍ، كَالْمُحْرَمِ إِذَا مَاتَ مَوْرُوْثُهُ وَفِي مِلْكِهِ صَيِّدٌ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ.

والثَّانِي: حَقُّ تَمْلِكٍ كَحَقِّ الْآبِ فِي مَالٍ وَلَدِهِ وَحَقُّ الْعَاقِدِ لِلْعَقْدِ إِذَا وَجَبَ لَهُ وَحَقُّ الْعَاقِدِ فِي عَقْدٍ يَمْلِكُ فَسَخْهُ لِيُعِيدَ مَا خَرَجَ عَنْهُ إِلَى مِلْكِهِ مَعَ أَنَّ فِي هَذَا شَائِبَةً مِنْ حَقِّ الْمَلِكِ وَحَقِّ الشَّقِيعِ فِي الشَّقْصِ وَهَهُنَا صَوْرٌ مُخْتَلَفٌ فِيهَا هَلْ يَثْبُتُ فِيهَا الْمَلِكُ أَوْ حَقُّ التَّمْلِكِ؟.

فَمِنْهَا: حَقُّ الْمُضَارِبِ فِي الرَّبْحِ بَعْدَ الظُّهُورِ وَقَبْلَ الْقِسْمَةِ وَفِيهِ رَوَايَتَانِ: أَحَدَاهُمَا: أَنَّهُ يَمْلِكُهَا بِالظُّهُورِ. وَالثَّانِيَةُ: لَمْ يَمْلِكْهُ وَإِنَّمَا مَلِكٌ أَنْ يَتَمْلِكْهُ وَهُوَ حَقٌّ مُتَّكَدٌ حَتَّى لَوْ مَاتَ وَرِثَ عَنْهُ، وَلَوْ أَتْلَفَ الْمَالُ الْغَرَمَ نَصِيْبُهُ وَكَذَلِكَ الْأَجْنَبِيُّ، وَلَوْ أَسْقَطَ الْمُضَارِبُ حَقَّهُ مِنْهُ فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ مِلْكُهُ لَمْ يَسْقُطْ، وَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَمْلِكْهُ بَعْدَ فُقْيِ التَّلْخِيصِ احْتِمَالَانِ:

أحدهما: يَسْقُطُ كَالْغَنِيْمَةِ. وَالثَّانِي: لَا، لِأَنَّ الرَّبْحَ هُنَا مَقْصُودٌ وَقَدْ تَأَكَّدَ سَبَبُهُ بِخِلَافِ الْغَنِيْمَةِ فَإِنَّ مَقْصُودَ الْجِهَادِ إِعْلَاءُ كَلِمَةِ اللَّهِ لَا الْمَالُ.

ومِنْهَا: حَقُّ الْغَانِمِ فِي الْغَنِيْمَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَفِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: وَهُوَ الْمَنْصُوصُ وَعَلَيْهِ جُمْهُورُ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ يَثْبُتُ الْمَلِكُ فِيهَا بِمُجَرَّدِ الْاِسْتِيْلَاءِ لَكِنْ هَلْ يُشْتَرَطُ الْإِحْرَازُ أَمْ لَا عَلَى وَجْهَيْنِ:

أحدهما: لَا يُشْتَرَطُ وَتَمْلِكُ بِمُجَرَّدِ تَقْضِي الْحَرْبِ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَمَنْ تَابَعَهُ عَلَى طَرِيقَتِهِ. وَالثَّانِي: يُشْتَرَطُ وَهُوَ قَوْلُ الْخُرَقِيِّ وَابْنِ أَبِي مُوسَى كَسَائِرِ الْمُبَاحَاتِ وَرَجَحَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ فَعَلَى هَذَا لَا يَسْتَحِقُّ مِنْهَا إِلَّا مَنْ شَهِدَ الْإِحْرَازَ، وَأَمَّا عَلَى الْأَوَّلِ فَاعْتَبَرَ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ شُهُودَ إِحْرَازِ الْوَقْعَةِ وَقَالُوا لَا يَسْتَحِقُّ مَنْ لَمْ يَشْهَدْهُ. وَفَصَلَ فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ بَيْنَ الْجَيْشِ وَأَهْلِ الْمَدَدِ فَأَمَّا الْجَيْشُ فَيَسْتَحِقُّونَ بِحُضُورِ جُزْءٍ مِنَ الْوَقْعَةِ إِذَا كَانَ تَخَلُّفُهُمْ عَنِ الْبَاقِي لِعُذْرِ كَمَوْتِ الْغَازِي أَوْ مَوْتِ فَرَسِهِ، وَأَمَّا الْمَدَدُ فَيُعْتَبَرُ لَا سَحِقَاقَهُمْ شُهُودَ انْجِلَاءِ الْحَرْبِ، وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ يَعْقُوبَ بْنِ بُخْتَانَ فِيمَنْ قُتِلَ فِي

الْمَعْرَكَةِ يُعْطَى وَرَثَتُهُ نَصِيبَهُ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: لَا يَمْلِكُ الْغَنِيْمَةَ إِلَّا بِاخْتِيَارِ الْمَلِكِ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ. فَعَلَى هَذَا إِنَّمَا ثَبِتَ لَهُمْ حَقُّ التَّمْلِكِ كَالشَّفِيعِ فَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ قَبْلَ اخْتِيَارِ التَّمْلِكِ أَوْ الْمُطَالَبَةِ فَلَا حَقَّ لَهُ ذِكْرُهُ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ وَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي بَابِ الشُّعْبَةِ أَنَّ الْحَقَّ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَرِثَةِ بِدُونِ الْقَبُولِ وَالْمُطَالَبَةِ، وَإِنْ قَالُوا: اخْتَرْنَا الْقِسْمَةَ لَزِمَتْ حُقُوقُهُمْ وَلَمْ تَسْقُطْ بِالْإِعْرَاضِ ذِكْرُهُ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَسْقَطُوا حُقُوقَهُمْ قَبْلَ الْاخْتِيَارِ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ لِضَعْفِ الْمَلِكِ وَعَدَمِ اسْتِقْرَارِهِ وَيَصِيرُ فِتْنًا فَإِنْ أَسْقَطَ الْبَعْضُ دُونَ الْبَعْضِ فَالْكُلُّ لِمَنْ يَسْقُطُ حَقُّهُ.

وَمِنْهَا: حَقُّ مَنْ وَجَدَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ فِي الْمَغْنَمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ مِمَّا مَلَكَهُ الْكُفَّارُ بِالْإِسْلَامِ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ التَّمْلِكِ عِنْدَ الْأَصْحَابِ وَخَرَجَهُ شَيْخُ الْإِسْلَامِ ابْنُ تَيْمِيَّةَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ عَلَى الْخِلَافِ فِي حَقِّ الْغَانِمِينَ.

وَمِنْهَا: حَقُّ الزَّوْجِ فِي نِصْفِ الصَّدَاقِ إِذَا طُلِّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ هَلْ يَثْبُتُ لَهُ فِيهِ الْمَلِكُ قَهْرًا أَوْ يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ التَّمْلِكِ فَلَا يَمْلِكُ بِدُونِهِ فِيهِ وَجْهَانِ وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَنْصُوصُ وَعَلَى الثَّانِي فَتَكْفِي فِيهِ الْمُطَالَبَةُ وَاخْتِيَارُ التَّمْلِكِ عَلَى ظَاهِرِ كَلَامِ أَبِي الْخَطَّابِ كَرَجُوعِ الْأَبِ وَرَعَمِ صَاحِبِ التَّرْغِيبِ أَنَّ هَذَا مُرْتَبٌّ عَلَى الْخِلَافِ فِي عَفْوِ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ هَلْ هُوَ الزَّوْجُ أَوْ الْوَلِيُّ وَلَيْسَ كَذَلِكَ وَلَا يُلْزَمُ مَنْ طَلَبَ الْعَفْوَ مِنَ الزَّوْجِ أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمَالِكُ فَإِنَّ الْعَفْوَ يَصِحُّ عَمَّا يَثْبُتُ فِيهِ حَقُّ التَّمْلِكِ كَالشُّعْبَةِ وَلَيْسَ فِي قَوْلِنَا أَنَّ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ هُوَ الْأَبُ مَا يَسْتَلْزِمُ أَنَّ الزَّوْجَ لَمْ يَمْلِكْ نِصْفَ الْمَهْرِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَعْفُو عَنِ النِّصْفِ الْمُخْتَصِّ بِابْنَتِهِ فَأَمَّا النِّصْفُ الْآخَرُ فَلَا تَعَرُّضَ لِذِكْرِهِ بِتَقْيٍ وَلَا إِبْتَاتٍ. وَالْعَجَبُ أَنَّهُ حَكَى بَعْدَ ذَلِكَ فِي صِحَّةِ عَفْوِ الزَّوْجِ عَنِ النِّصْفِ إِذَا قُلْنَا: قَدْ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ وَجْهَيْنِ وَالصَّحِيحُ الْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَصِحُّ عَفْوُهُ إِنْ كَانَ مَالِكًا كَمَا يَصِحُّ عَفْوُ الزَّوْجَةِ مَعَ مِلْكِهَا بِنَصِّ الْقُرْآنِ لَكِنْ إِنْ كَانَ الصَّدَاقُ دَيْنًا صَحَّ الْإِبْرَاءُ مِنْهُ بِسَائِرِ الْأَفَاطِ الْمُبَارَاةِ مِنَ الْإِبْرَاءِ وَالْإِسْقَاطِ وَالْهَبَةِ وَالْعَفْوِ وَالصَّدَقَةِ وَالتَّحْلِيلِ وَلَا يُشْتَرَطُ لَهُ قَبُولٌ وَإِنْ كَانَ عَيْنًا، وَقُلْنَا: لَمْ يَمْلِكْهُ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ التَّمْلِكِ فَكَذَلِكَ وَكَذَلِكَ يَصِحُّ عَفْوُ الشَّفِيعِ عَنِ الشُّعْبَةِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ. وَإِنْ قُلْنَا: مَلِكٌ نِصْفَ الصَّدَاقِ صَحَّ بِلَفْظِ الْهَبَةِ وَالتَّمْلِكِ وَهَلْ يَصِحُّ بِلَفْظِ الْعَفْوِ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَصِحُّ قَالَهُ ابْنُ عَقِيلٍ. وَالثَّانِي: يَصِحُّ قَالَهُ الْقَاضِي وَرَجَّحَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ

وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ عَقْدَ الْهَبَةِ عِنْدَنَا يَنْعَقِدُ بِكُلِّ لَفْظٍ يُفِيدُ مَعْنَاهُ مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاطِ إِجْبَابٍ وَلَا قَبُولٍ بِلَفْظٍ مُعَيَّنٍ. وَقَالَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ يَشْتَرِطُ هَاهُنَا الْإِجْبَابُ وَالْقَبُولُ وَالْقَبْضُ وَحَكَى صَاحِبُ التَّرْغِيبِ فِي اشْتِرَاطِ الْقَبُولِ وَجْهَيْنِ وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْقَبْضَ لَا يَشْتَرِطُ فِي الْفُسُوحِ كَالْإِقَالَةِ وَنَحْوِهَا وَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَكَذَلِكَ يَصِحُّ رُجُوعُ الْأَبِّ فِي الْهَبَةِ مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ وَكَذَلِكَ فَسَخَ عَقْدُ الرَّهْنِ وَغَيْرِهَا.

وَمِنْهَا: حَقُّ الْمُلْتَقِطِ فِي اللَّقْطَةِ بَعْدَ حَوْلِ التَّعْرِيفِ وَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَشْهُرُهُمَا: أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ الْمِلْكُ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي، وَقَالَ: إِنَّهُ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ. وَالثَّانِي: لَا يَدْخُلُ حَتَّى يَخْتَارَ وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي الْخَطَّابِ فَيَكُونُ حَقُّهُ فِيهَا حَقًّا تَمْلُكًا.

وَمِنْهَا: الْمُوصَى لَهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ الْمِلْكُ وَقِيلَ إِنَّهُ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ. وَالثَّانِي: إِنَّمَا يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ التَّمْلُكِ بِالْقَبُولِ وَهُوَ الْمَشْهُورُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ.

وَمِنْهَا: مَنْ نَبَتَ فِي أَرْضِهِ كَلًّا أَوْ نَحْوَهُ مِنَ الْمُبَاحَاتِ أَوْ تَوَحَّلَ فِيهَا صَيْدٌ أَوْ سَمَكٌ وَنَحْوُهُ فَهَلْ يَمْلِكُهُ بِذَلِكَ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَانِ مَعْرُوفَتَانِ وَكَثُرَ النُّصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ يَدُلُّ عَلَى الْمِلْكِ وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى إِنَّمَا ثَبَتَ حَقُّ التَّمْلُكِ وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى غَيْرِهِ بِذَلِكَ إِذَا لَا يُلْزَمُهُ أَنْ يَبْدُلَ مِنَ الْمَاءِ وَالْكَلِّ إِلَّا الْفَاضِلَ عَنْ حَوَائِجِهِ وَلَوْ سَبَقَ غَيْرُهُ وَحَقَّقَ سَبَبُ الْمِلْكِ بِحِيزَاتِهِ إِلَيْهِ فَقَالَ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ: يَمْلِكُهُ وَخَرَجَ ابْنُ عَقِيلٍ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ، لِأَنَّهُ سَبَبٌ مِنْهُيٌّ عَنْهُ فَلَا يُفِيدُ الْمِلْكُ وَيُشْبِهُ هَذَا الْخِلَافُ فِي الطَّائِفَةِ الَّتِي تَغْزُو بِدُونِ إِذْنِ الْإِمَامِ هَلْ يَمْلِكُونَ شَيْئًا مِنْ غَنِيمَتِهِمْ أَمْ لَا وَقَرَّرَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ خِلَافِهِ أَنَّ الْأَسْبَابَ الْفِعْلِيَّةَ تُفِيدُ الْمِلْكَ وَإِنْ كَانَتْ مَحْظُورَةً كَأَخْذِ الْمُسْلِمِ أَمْوَالَ أَهْلِ الْحَرْبِ غَضَبًا وَإِنْ دَخَلَ إِلَيْهِمْ بِأَمَانٍ بِخِلَافِ الْقَوْلِيَّةِ. وَفِي مَوْضِعٍ آخَرَ صَرَّحَ بِخِلَافِ ذَلِكَ وَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بِهِ الْمُسْلِمُ وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ.

وَمِنْهَا: مُتَحَجِّرُ الْمَوَاتِ الْمَشْهُورُ. أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ بِذَلِكَ وَتَقَلَّ صَالِحٌ عَنْ أَبِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَمْلِكُهُ وَعَلَى الْأَوَّلِ فَهُوَ أَحَقُّ بِتَمْلِكِهِ بِالْأَحْيَاءِ فَإِنْ بَادَرَ الْغَيْرُ فَأَحْيَاهُ فَفِي مِلْكِهِ وَجْهَانِ مَعْرُوفَانِ هَذَا كُلُّهُ فَيَمْنُ انْعَقَدَ لَهُ سَبَبُ التَّمْلُكِ وَصَارَ التَّمْلُكُ وَاقِفًا عَلَى اخْتِيَارِهِ. فَأَمَّا إِنْ ثَبَتَ لَهُ رَغْبَةٌ فِي التَّمْلُكِ وَوَعَدَ بِهِ وَلَمْ يَنْعَقِدِ السَّبَبُ كَالْمُسْتَأْمِ وَالْخَاطِبِ إِذَا رَكَنَ إِلَيْهِمَا فَلَا يَجُوزُ مُزَاحَمَتُهُمَا أَيْضًا وَلَكِنْ يَصِحُّ عَلَى الْمَنْصُوصِ وَخَرَجَ الْقَاضِي وَجْهًا بِالْبُطْلَانِ مِنْ

الْبَيْعَ عَلَى بَيْعِهِ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا وَاضِحٌ، لِأَنَّ الْحَقَّ فِي الْبَيْعِ انْعَقَدَ وَأَخَذَ بِهِ وَلَا كَذَلِكَ هَاهُنَا
وَلِأَنَّ الْمُفِيدَ لِلْمِلْكِ هُنَا الْعَقْدُ وَالْمُحَرَّمُ سَابِقٌ عَلَيْهِ فَهُوَ كَاسْتِيلَادِ الْآبِ وَالشَّرِيكِ يَحْصُلُ لَهُ
الْمِلْكُ بِالْعُلُوقِ لَمَّا كَانَ الْمُحَرَّمُ وَهُوَ الْوَطْءُ سَابِقًا عَلَيْهِ.

النَّوعُ الثَّلَاثُ: حَقُّ الْإِنْتِفَاعِ وَيَدْخُلُ فِيهِ صَوْرٌ:

مِنْهَا: وَضْعُ الْجَارِ خَشْبَهُ عَلَى جِدَارِ جَارِهِ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِهِ لِلنَّصِّ الْوَارِدِ فِيهِ ^(١).

وَمِنْهَا: إِجْرَاءُ الْمَاءِ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ إِذَا اضْطُرَّ إِلَى ذَلِكَ فِي أَحَدَى الرَّوَاتِبَيْنِ لِقَضَاءِ عُمُرَتِهِ
قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَكَذَلِكَ إِذَا احتَاجَ أَنْ يُجْرِيَ مَاءَهُ فِي طَرِيقِ مَائِهِ مِثْلُ أَنْ يُجْرِيَ مِيَاهَ
سُطُوحِهِ أَوْ غَيْرَهَا فِي فَنَاءٍ لِحَارِهِ أَوْ يَسُوقَ فِي فَنَاءٍ عَذْبَةٍ مَاءً ثُمَّ يُقَاسِمُهُ جَارُهُ وَلَوْ وَضَعَ عَلَى
النَّهْرِ عِبَارَةً يُجْرِي فِيهَا الْمَاءُ فَخَرَّجَهَا الْأَصْحَابُ عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ عَنْ أَحْمَدَ
فِي قَوْمٍ اقْتَسَمُوا دَارًا كَانَتْ لَهَا أَرْبَعَةُ سُطُوحٍ يَجْرِي الْمَاءُ عَلَيْهَا فَلَمَّا اقْتَسَمُوا أَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ
يَمْنَعَ مِنْ جَرِيَانِ الْمَاءِ لِلْآخِرِ عَلَيْهِ، وَقَالَ: هَذَا قَدْ صَارَ لِي وَلَيْسَ بَيْنَنَا شَرْطٌ، فَقَالَ أَحْمَدُ:
يُرَدُّ الْمَاءُ إِلَى مَا كَانَ وَإِنْ لَمْ يَشَرْطْ ذَلِكَ وَلَا يَضُرُّ بِهِ. وَحَمَلَ طَائِفَةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا هَذِهِ الرَّوَايَةَ
عَلَى أَنَّهُ يَحْصُلُ بِهِ ضَرَرٌ يَمْنَعُهُ مِنْ جَرِيَانِ الْمَاءِ وَأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَنْقُضَ سَطْحَهُ
وَيَسْتَحْدِثَ لَهُ مَسِيلًا فَجَعَلَ لَهُ أَنْ يُجْرِيَهُ عَلَى رَسْمِهِ الْأَوَّلِ كَذَلِكَ كَمَا يَجْرِي مَائُهُ فِي أَرْضٍ
غَيْرِهِ لِلْحَاجَةِ أَوْ يَضَعُ خَشْبَهُ عَلَى جِدَارِهِ وَكَذَا ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ وَحَمَلَهُ بَعْضُهُمْ عَلَى
أَنَّ الدَّارَ إِذَا اقْتَسِمَتْ كَانَتْ مَرَاقِفُهَا كُلُّهَا بَاقِيَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَ الْجَمْعِ كَالِاسْتِطْرَاقِ فِي طَرِيقِهَا،
وَلِهَذَا قُلْنَا: لَوْ حَصَلَ الطَّرِيقُ فِي حِصَّةِ أَحَدِ الْمُقْتَسِمِينَ وَلَا مَنَعْدٌ لِلْآخِرِ لَمْ تَصِحَّ الْقِسْمَةُ،
وَعَلَى هَذَا حَمَلَهُ صَاحِبُ شَرْحِ الْهَدَايَةِ وَخَرَجَ صَاحِبُ الْمُعْنِيِّ فِي رَوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ وَجْهًا
فِي مَسْأَلَةِ الطَّرِيقِ بِصِحَّةِ الْقِسْمَةِ وَبِقَاءِ حَقِّ الْإِسْتِطْرَاقِ فِيهِ لِلْآخِرِ وَبَيْنَهُمَا فَرْقٌ، فَإِنَّ الطَّرِيقَ
لَا يُرَادُ مِنْهُ سِوَى الْإِسْتِطْرَاقِ فَلَا شَرْتَكَ فِيهِ يُزِيلُ مَعْنَى الْقِسْمَةِ وَالِاخْتِصَاصُ بِخِلَافِ إِجْرَاءِ
الْمَاءِ عَلَى السَّطْحِ فَإِنَّهُ لَا يَمْنَعُ صَاحِبَ السَّطْحِ مِنَ الْإِنْفِرَادِ بِالِإِنْتِفَاعِ بِهِ بِسَائِرِ وُجُوهِ
الِإِنْتِفَاعَاتِ الْمُخْتَصَّةِ بِالْمِلْكِ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ أَرْضًا فِيهَا زَرْعٌ يُخْصَدُ مَرَّةً وَاحِدَةً وَلَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ أَوْ شَجَرًا عَلَيْهِ ثَمَرٌ لَمْ
يَبْدُ صَلَاحُهُ كَانَ ذَلِكَ مُبْقَى فِي الشَّجَرِ وَالْأَرْضِ إِلَى وَقْتِ الْحَصَادِ وَالْجَذَادِ بِغَيْرِهِ أَجْرًا وَلَوْ

(١) الأصل في ذلك حديث «لا يمنع أحدكم جاره أي: يغرز خشبته في جداره»، رواه الإمام أحمد في المسند
من حديث مجمع، والبيهقي في السنن الكبرى عن الحجاج بن محمد الأعور، مصباح الزجاجة (٤٧/٣).

أَرَادَ تَفْرِيعَ الْأَرْضِ مِنَ الزَّرْعِ لِيَسْتَفْعَ بِهَا إِلَى وَقْتِ الْجُدَادِ أَوْ يُوجِرَهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ كَمَا لَا يَمْلِكُ الْجَارُ إِعَارَةَ غَيْرِهِ مَا يَسْتَحِقُّهُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِمِلْكِ جَارِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَ زَرْعًا قَدْ بَدَأَ صِلَاحُهُ فِي أَرْضٍ فَإِنَّ عَلَيْهِ إِيقَاءَهُ إِلَى وَقْتِ صِلَاحِهِ لِلْحَصَادِ فَأَمَّا إِنْ بَاعَ شَجَرَةً فَهَلْ يَدْخُلُ مَبْتَهَا فِي الْبَيْعِ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي وَحَكَى عَنْ ابْنِ شَاقِلَا أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ وَإِنْ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ الدُّخُولُ حَيْثُ قَالَ فَيَمْنُ أَقَرَّ بِشَجَرَةٍ لِرَجُلٍ: هِيَ لَهُ بِأَصْلِهَا وَعَلَى هَذَا لَوْ انْقَلَعَتْ فَلَهُ إِعَادَةُ غَيْرِهَا مَكَانَهَا وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَى قَوْلِ ابْنِ شَاقِلَا كَالزَّرْعِ إِذَا حُصِدَ فَلَا يَكُونُ لَهُ فِي الْأَرْضِ سِوَى حَقِّ الْإِنْتِفَاعِ.

النُّوعُ الرَّابِعُ: حَقُّ الْإِخْتِصَاصِ وَهُوَ عِبَارَةٌ عَمَّا يَخْتَصُّ مُسْتَحِقُّهُ بِالْإِنْتِفَاعِ بِهِ وَلَا يَمْلِكُ أَحَدٌ مَزَاحَمَتَهُ فِيهِ وَهُوَ غَيْرُ قَابِلٍ لِلشُّمُولِ وَالْمَعَاوَضَاتِ وَيَدْخُلُ تَحْتَ ذَلِكَ صَوْرَتَانِ:
مِنْهَا: الْكَلْبُ الْمُبَاحُ اقْتِنَاؤُهُ كَالْمُعَلِّمِ لِمَنْ يَصْطَادُ بِهِ فَإِنْ كَانَ لَا يَصْطَادُ بِهِ أَوْ كَانَ الْكَلْبُ جَرَوْا يَحْتَاجُ إِلَى تَعْلِيمٍ فَوَجْهَانِ.

وَمِنْهَا: الْأَذْهَانُ الْمُتَنَجِّسَةُ الْمُتَنَفِّعُ بِهَا بِالْإِيقَادِ وَغَيْرِهِ عَلَى الْقَوْلِ بِالْجَوَازِ فَأَمَّا نَجَسَةُ الْعَيْنِ كَدُهْنِ الْمَيْتَةِ فَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ، وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِهِ.

وَمِنْهَا: جِلْدُ الْمَيْتَةِ الْمَدْبُوعُ إِذَا قِيلَ يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ فِي الْيَابِسَاتِ فَأَمَّا مَا لَا يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ مِنَ النَّجَاسَاتِ بِحَالٍ فَلَا يَدُ ثَابِتَةٌ عَلَيْهِ، وَآيَةُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ رَدُّهُ عَلَى مَنْ انْتَزَعَهُ مِمَّنْ هُوَ فِي يَدِهِ بِخِلَافِ مَا فِيهِ نَفْعٌ مُبَاحٌ فَإِنَّهُ يَجِبُ رَدُّهُ نَعَمْ لَوْ غَضِبَ خَمْرًا فَتَخَلَّلَتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ وَجَبَ رَدُّهَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَالْأَصْحَابُ، لِأَنَّ يَدَ الْأَوَّلِ لَمْ تَزَلْ عَنْهَا بِالْغَضَبِ فَكَأَنَّهَا تَخَلَّلَتْ فِي يَدِهِ وَاخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُ الْأَصْحَابِ فِي زَوَالِ الْمِلْكِ بِمُجَرِّدِ التَّخْمِيرِ فَاطْلُقَ الْأَكْثَرُونَ الزَّوَالَ، مِنْهُمْ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ. وَظَاهِرُ كَلَامِ بَعْضِهِمْ أَنَّ الْمِلْكَ لَمْ يَزَلْ وَمِنْهُمْ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ فِي كِتَابِ الْحَجِّ وَفِي كَلَامِ الْقَاضِي مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ وَيَكُلُّ حَالَ فَلَوْ عَادَتْ خَلًّا عَادَ الْمِلْكُ الْأَوَّلُ لِحَقُّوقِهِ مِنْ ثُبُوتِ الرَّهْنِيَّةِ وَغَيْرِهَا حَتَّى لَوْ خَلَفَ خَمْرًا وَدِينًا فَتَخَلَّلَتْ الْخَمْرُ قَضَى مِنْهُ دَيْنَهُ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ فِي الرَّهْنِ وَذَكَرَهُ هُوَ وَابْنُ عَقِيلٍ أَيْضًا فِيهِ لَوْ وَهَبَ الْخَمْرُ وَأَقْبَضَهَا أَوْ أَرَاقَهَا فَجَمَعَهَا آخَرُ فَتَخَلَّلَتْ فِي يَدِ الثَّانِي فَهَلْ هِيَ مِلْكٌ لَهُ أَوْ لِلأَوَّلِ عَلَى احْتِمَالَيْنِ وَفَرَقًا بَيْنَ ذَلِكَ وَبَيْنَ الْغَضَبِ بِأَنَّ الْأَوَّلَ زَالَتْ يَدُهُ عَنْهَا بِالْإِرَاقَةِ وَالْإِقْبَاضِ وَتَبَتَ يَدُ الثَّانِي بِخِلَافِ الْغَضَبِ وَرَجَّحَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ أَنَّ الرَّهْنَ لَا

يَبْطُلُ بِتَخْمِيرِ الْعَصِيرِ وَهَذَا كُلُّهُ يَدُلُّ عَلَى ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَى الْخَمْرِ لِإِمْكَانِ عَوْدِهَا مَالًا.
وَمِنْهَا: مَرَاقِقُ الْأَمْلَاكِ كَالطُّرُقِ وَالْأَفْنِيَةِ وَمَسِيلِ الْمِيَاهِ وَنَحْوِهَا هَلْ هِيَ مَمْلُوكَةٌ أَوْ ثَبَتَ
فِيهَا حَقُّ الْإِخْتِصَاصِ؟ وَفِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: ثُبُوتُ حَقِّ الْإِخْتِصَاصِ فِيهَا مِنْ غَيْرِ مِلْكٍ وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي
بَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ وَفِي الْغَضَبِ وَدَلَّ عَلَيْهِ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَنْ حَفَرَ فِي فَنَائِهِ بَيْتًا
أَنَّهُ مُتَعَدِّ بِحَقَرِهِ فِي غَيْرِ مِلْكٍ، وَطَرَدَ الْقَاضِي ذَلِكَ حَتَّى فِي حَرِيمِ الْبَيْتِ وَرَتَّبَ عَلَيْهِ أَنَّهُ لَوْ
بَاعَهُ أَرْضًا بِفَنَائِهَا لَمْ يَصَحَّ الْبَيْعُ، لِأَنَّ الْفَنَاءَ لَا يَخْتَصُّ بِهِ إِذَا اسْتَطْرَاقَهُ عَامٌّ بِخِلَافِ مَا لَوْ بَاعَ
بِطَرِيقِهَا، وَأُورِدَ ابْنُ عَقِيلٍ اِحْتِمَالًا بِصِحَّةِ الْبَيْعِ بِالْفَنَاءِ، لِأَنَّهُ مِنَ الْحَقُوقِ فَهُوَ كَمَسِيلِ الْمِيَاهِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: الْمِلْكُ وَصَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ فِي الطُّرُقِ وَجَزَمَ بِهِ فِي الْكُلِّ صَاحِبُ
الْمُغْنِيِّ وَأَخَذَهُ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ وَالْخَرَقِيِّ عَلَى مِلْكِ حَرِيمِ الْبَيْتِ

وَمِنْهَا: مَرَاقِقُ الْأَسْوَاقِ الْمُتَّسِعَةِ الَّتِي يَجُوزُ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ فِيهَا كَالدَّكَائِنِ الْمُبَاحَةِ وَنَحْوِهَا
فَالسَّابِقُ إِلَيْهَا أَحَقُّ بِهَا، وَهَلْ لِيُخْطَبُوا حَقُّهُ بِانْتِهَاءِ النَّهَارِ أَوْ يَمْتَدُّ إِلَى أَنْ يَنْقَلُ قُمَاشُهُ عَنْهَا إِلَى
وَجْهَيْنِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ حَرْبِ الْأَوَّلِ لِجَرَيَانِ الْعَادَةِ بِانْتِفَاءِ الزِّيَادَةِ عَلَيْهِ، وَعَلَى
الثَّانِي فَلَوْ أَطَالَ الْجُلُوسَ فَهَلْ يُصْرَفُ أَمْ لَا عَلَى وَجْهَيْنِ، لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى الْإِخْتِصَاصِ
بِالْحَقِّ الْمُشْتَرَكِ.

وَمِنْهَا: الْجُلُوسُ فِي الْمَسَاجِدِ وَنَحْوِهَا لِإِعْبَادَةٍ أَوْ مُبَاحٍ فَيَكُونُ الْجَالِسُ أَحَقَّ بِمَجْلِسِهِ إِلَى
أَنْ يَقُومَ عَنْهُ بِاخْتِيَارِهِ قَاطِعًا لِلْجُلُوسِ أَمَّا إِنْ قَامَ لِحَاجَةٍ عَارِضَةٍ وَرَبَّتَهُ الْعُودُ فَهُوَ أَحَقُّ
بِمَجْلِسِهِ وَيُسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ الصَّبِيُّ إِذَا قَامَ فِي صَفٍّ فَاضِلٍ أَوْ فِي وَسْطِ الصَّفِّ فَإِنَّهُ يَجُوزُ
نَقْلُهُ عَنْهُ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ وَعَلَيْهِ حُمِلَ فِعْلُ طَرْفَةِ بَنٍ كَعَبٍ
بِقَيْسِ بْنِ عَبَّادٍ.

وَالنُّوعُ الْخَامِسُ: حَقُّ التَّعَلُّقِ لِاسْتِيفَاءِ الْحَقِّ وَلَهُ صُورٌ:

مِنْهَا: تَعَلُّقُ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ بِالرَّهْنِ وَمَعْنَاهُ أَنَّ جَمِيعَ أَجْزَاءِ الرَّهْنِ مَحْبُوسٌ بِكُلِّ جُزْءٍ مِنْ
الدَّيْنِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ جَمِيعُهُ.

وَمِنْهَا: تَعَلُّقُ حَقِّ الْجَنَائِيَةِ بِالْجَانِيِ وَمَعْنَاهُ أَنَّ حَقَّهُ انْحَصَرَ فِي مَالِيَّتِهِ وَلَهُ الْمُطَالَبَةُ
بِالِاسْتِيفَاءِ مِنْهُ وَتَعَلُّقُ الْحَقِّ بِمَجْمُوعِ الرَّقَبَةِ لَا يَقْدَرُ الْأَرْضُ عَلَى ظَاهِرِ كَلَامِ الْأَصْحَابِ
وَيَبَاعُ جَمِيعُهُ فِي الْجَنَائِيَةِ وَيُوفَى مِنْهُ الْحَقُّ وَيُرَدُّ الْفَضْلُ عَلَى السَّيِّدِ، وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي

المُجَرَّدُ أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَرُدُّ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَهَذَا صَرِيحٌ فِي تَعَلُّقِ الْحَقِّ بِالْجَمِيعِ
وَكُلِّ الْأَصْحَابِ فِي الْعَبْدِ الْمَرْهُونِ إِذَا جَنَى وَكَانَ فِي قِيَمَتِهِ فَضْلٌ عَنِ الْأَرْضِ هَلْ يُبَاعُ جَمِيعُهُ
أَوْ بِمَقْدَارِ الْأَرْضِ فِيهِ وَجَهَانٍ لَكِنْ يَبِيعُ جَمِيعَهُ يَنْدَفِعُ بِهِ عَنِ السَّيِّدِ ضَرَرُ نَقْصِ الْقِيَمَةِ
بِالتَّشْقِيقِ.

وَمِنْهَا: تَعَلُّقُ حَقِّ الْغُرْمَاءِ بِالثَّرَكَةِ هَلْ يَمْنَعُ انْتِقَالُهَا بِالْإِرْثِ عَلَى رَوَاتَيْنِ، وَهَلْ هُوَ كَتَعَلُّقِ
الْجَنَائَةِ أَوْ الرُّهْنِ؟ اخْتَلَفَ كَلَامُ الْأَصْحَابِ فِي ذَلِكَ وَصَرَّحَ الْأَكْثَرُونَ بِأَنَّهُ كَتَعَلُّقِ الرُّهْنِ
وَيُفَسَّرُ بِثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ:

أَحَدُهَا: أَنَّ تَعَلُّقَ الدِّينِ بِالثَّرَكَةِ وَيَكُلُّ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهَا فَلَا يَنْفَكُ مِنْهَا شَيْءٌ حَتَّى يُوفَى
الدِّينُ كُلُّهُ. وَصَرَّحَ بِذَلِكَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ إِذَا كَانَ الْوَارِثُ وَاحِدًا قَالَ وَإِنْ كَانَ جَمَاعَةً
انْقَسَمَ عَلَيْهِمْ بِالْحِصَصِ وَتَعَلَّقُ كُلُّ حِصَّةٍ مِنَ الدِّينِ بِنَظِيرِهَا مِنَ الثَّرَكَةِ وَيَكُلُّ جُزْءٍ مِنْهَا لَا
يَنْفَكُ مِنْهَا شَيْءٌ حَتَّى يُوفَى جَمِيعُ تِلْكَ الْحِصَّةِ وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الدِّينُ
مُسْتَعْرِقًا لِلثَّرَكَةِ أَوْ غَيْرَ مُسْتَعْرِقٍ صَرَّحَ بِهِ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ فِي التَّقْلِيدِ.

الثَّانِي: أَنَّ الدِّينَ فِي الدِّمَةِ وَتَعَلَّقُ بِالثَّرَكَةِ وَهَلْ هُوَ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ أَوْ الْوَرِثَةِ؟ عَلَى
وَجْهَيْنِ سَبَقَ ذِكْرُهُمَا.

وَالثَّالِثُ: أَنَّهُ يَمْنَعُ صِحَّةَ التَّصَرُّفِ فِي ذَلِكَ وَجَهَانٍ أَيْضًا سَبَقَ وَهَلْ تَعَلَّقُ حَقُّهُمْ بِالْمَالِ
مِنْ حِينَ الْمَرَضِ أَمْ لَا؟ تَرَدَّدَ الْأَصْحَابُ فِي ذَلِكَ وَنَقَلَ الْمِمْوْنِيُّ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ
يُحِيطُ بِجَمِيعِ مَا تَرَكَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُعْتَقَ وَيَهَبَ يَعْنِي الْمَيِّتُ؟ قَالَ: نَعَمْ، قُلْتُ: هَذَا لَيْسَ لَهُ
مَالٌ، قَالَ: أَلَيْسَ ثُلُثُهُ لَهُ؟ قُلْتُ: لَيْسَ هَذَا الْمَالُ لَهُ، قَالَ: أَلَيْسَ هُوَ السَّاعَةُ فِي يَدِهِ؟ قُلْتُ:
بَلَى، وَلَكِنَّهُ لَغَيْرِهِ، قَالَ: دَعَهَا فَإِنَّهَا مَسْأَلَةٌ فِيهَا لَبْسٌ، وَالَّذِي كَانَ عِنْدَهُ عَلَى مَا نَظَرْتُهُ أَنَّ هَذَا
جَائِزٌ. وَاسْتَشْكَلَ الْقَاضِي هَذِهِ الرِّوَايَةَ فِيمَا قَرَأْتُهُ بِخَطِّهِ وَجَعَلَ ظَاهِرَهَا صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ بِالثُّلُثِ
مَعَ الدِّينِ وَحَمَلَهَا عَلَى أَحَدٍ وَجْهَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ حُكْمُ الْمَرِيضِ مَعَ الْغُرْمَاءِ كَحُكْمِهِ مَعَ
الْوَرِثَةِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْجَمِيعِ بِمَالِهِ فَلَا يَكُونُ مَمْنُوعًا مِنَ التَّصَرُّفِ بِالثُّلُثِ مَعَ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. أَوْ
أَنْ يَقِفَ صِحَّةُ تَصَرُّفِهِ عَلَى إِجَازَةِ الْغُرْمَاءِ.

وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: هِيَ بَدَلٌ عَلَى أَنَّ الْغُرْمَاءَ لَا يَتَعَلَّقُ حَقُّهُمْ بِالْمَالِ إِلَّا بَعْدَ الْمَوْتِ،
لَأَنَّ حَقَّهُمْ فِي الْحَيَاةِ فِي ذِمَّتِهِ وَالْوَرِثَةِ لَا يَتَعَلَّقُ حَقُّهُمْ بِالْمَالِ مَعَ الدِّينِ فَيَقْبَى الثُّلُثُ الَّذِي
مَلَكَهُ الشَّارِعُ التَّصَرُّفَ فِيهِ لَا مَانِعَ لَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ فَيَنْقُذُ تَصَرُّفَهُ فِيهِ مِنْ جُزْءٍ لَا مُعْلَقًا

بِالْمَوْتِ بِخِلَافِ الرَّائِدِ عَلَى الثَّلْثِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَإِنَّ حَقَّ الْوَرَّةِ يَتَعَلَّقُ بِهِ فِي مَرَضِهِ إِذْ لَا حَقَّ لَهُمْ فِي ذِمَّتِهِ. قُلْتُ: وَتَرَدَّدَ كَلَامُ الْقَاضِي وَأَبْنِ عَقِيلٍ فِي خِلَافِيهِمَا فِي الْمَرِيضِ هَلْ لَوَرَّثِيهِ مَنَعُهُ مِنْ إِنْتِفَاقِ جَمِيعِ مَالِهِ فِي الشَّهَوَاتِ أَمْ لَا؟ فَفِي مَوْضِعٍ جَزْمًا بِثَبُوتِ الْمَنَعِ لَهُمْ لَتَعَلَّقُ حُقُوقُهُمْ بِمَالِهِ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ فِي مَوَاضِعَ.

وَمِنْهَا: تَعَلَّقُ حَقُّ الْمُوصَى لَهُ بِالْمَالِ هَلْ يَتَّبِعُ الْإِنْتِقَالَ إِلَى الْوَرَّةِ؟ جَعَلَ طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ حُكْمَهُ حُكْمَ الدَّيْنِ وَمِنْهُمْ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ وَأَبُو الْحُسَيْنِ فِي فُرُوعِهِ وَيَشْهَدُ لِذَلِكَ قَوْلُ طَائِفَةٍ مِنَ الْأَصْحَابِ: أَنَّ الْمُوصَى بِهِ قَبْلَ الْقَبُولِ عَلَى مِلْكِ الْوَرَّةِ وَجَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِعَدَمِ انْتِقَالِهِ إِلَى الْوَرَّةِ مُفَرَّقًا بَيْنَ الدَّيْنِ وَالْوَصِيَّةِ بِأَنَّ حَقَّ الْمُوصَى لَهُ فِي عَيْنِ التَّرَكَةِ وَلَا يَمْلِكُ الْوَرَّةُ إِبْدَالَ حَقِّهِ بِخِلَافِ الدَّيْنِ فَإِنَّ حَقَّ صَاحِبِهِ فِي التَّرَكَةِ وَالذِّمَّةِ وَلِلْوَرَّةِ التَّوْفِيقُ مِنْ غَيْرِهِ وَأَخَذَ ذَلِكَ مِمَّا رَوَاهُ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَنْ أَوْصَى أَنْ يُخْرَجَ مِنْ مَالِهِ كَذَا وَكَذَا فِي كَذَا وَكَذَا سَنَةً، قَالَ: لَا يُقَسَّمُ الْمَالُ حَتَّى يُنْقَدُوا مَا قَالَ، إِلَّا أَنْ يَضْمِنُوا أَنْ يُخْرِجُوهُ فَلَهُمْ أَنْ يُقَسَّمُوا الْبَقِيَّةَ وَكَذَلِكَ فِي الْمُجَرَّدِ وَالْفُصُولِ فِي بَابِ الشَّرَكَةِ أَنَّ الْمُوصَى لَهُ إِنْ كَانَ مُعَيَّنًا فَهُوَ شَرِيكَ فِي قَدَرِ مَا وَصَّى لَهُ بِهِ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُعَيَّنٍ كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ لَمْ يَجْزِ لِلْوَرَّةِ التَّصَرُّفُ حَتَّى يُفْرَدُوا نَصِيبَ الْمُوصَى لَهُ وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ انْتِقَالِهِ إِلَى الْوَرَّةِ أَنَّ الْمَشْهُورَ عِنْدَنَا صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ بِالرَّائِدِ عَلَى الثَّلْثِ وَإِنْ إِبْجَازَةَ الْوَرَّةِ لَهَا تَنْفِيزًا لَا ابْتِدَاءً عَطِيَّةً.

وَمِنْهَا: تَعَلَّقُ الزَّكَاةُ بِالنِّصَابِ هَلْ هُوَ تَعَلَّقُ شَرَكَةٌ أَوْ ارْتِهَانٌ أَوْ تَعَلَّقُ اسْتِيفَاءٌ كَالْجِنَايَةِ اضْطَرَبَ كَلَامُ الْأَصْحَابِ فِي ذَلِكَ اضْطِرَابًا كَثِيرًا. وَيَحْصُلُ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ تَعَلَّقُ شَرَكَةٌ وَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ شَرْحِ الْمَذْهَبِ وَظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي بَكْرٍ يَدُلُّ عَلَيْهِ وَقَدْ بَيَّنَّهُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ.

وَالثَّانِي: تَعَلَّقُ اسْتِيفَاءٌ وَصَرَّحَ بِهِ غَيْرٌ وَاحِدٌ مِنْهُمْ الْقَاضِي، ثُمَّ مِنْهُمْ مَنْ يُشَبِّهُهُ بِتَعَلُّقِ الْجِنَايَةِ وَمِنْهُمْ مَنْ يُشَبِّهُهُ بِتَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِالتَّرَكَةِ.

وَالثَّالِثُ: أَنَّهُ تَعَلَّقُ رَهْنٌ وَيَنْكَشِفُ هَذَا النِّزَاعُ بِتَحْرِيرِ مَسَائِلَ:

مِنْهَا: أَنَّ الْحَقَّ هَلْ هُوَ مُتَعَلَّقٌ بِجَمِيعِ النِّصَابِ أَوْ بِمَقْدَارِ الزَّكَاةِ فِيهِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ؟ وَقَدْ نَقَلَ الْقَاضِي وَأَبْنِ عَقِيلٍ الْإِتْفَاقَ عَلَى الثَّانِي.

وَمِنْهَا: أَنَّهُ مَعَ التَّعَلُّقِ بِالْمَالِ هَلْ يَكُونُ ثَابِتًا فِي ذِمَّةِ الْمَالِكِ أَمْ لَا؟ وَظَاهِرُ كَلَامِ الْأَكْثَرِينَ

أَنَّهُ عَلَى الْقَوْلِ بِالتَّعَلُّقِ بِالْعَيْنِ لَا يَبْتُثُّ فِي الذِّمَّةِ مِنْهُ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يَتَلَفَ الْمَالُ أَوْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ الْمَالِكُ بَعْدَ الْحَوْلِ. فَظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي الْخَطَّابِ وَصَاحِبِ الْمُحَرَّرِ فِي شَرْحِ الْهَدَايَةِ أَنَّا إِذَا قُلْنَا: الزَّكَاةُ فِي الذِّمَّةِ فَيَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ تَعَلَّقَ اسْتِيفَاءً مَحْضٍ كَتَعَلَّقَ الدَّيُونُ بِالتَّرَكَةِ وَهُوَ اخْتِيَارُ الشَّيْخِ تَقِيٍّ الدِّينِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ بْنِ تَيْمِيَّةٍ وَهُوَ حَسَنٌ.

وَمِنْهَا: مَنَعَ التَّصَرُّفِ وَالْمَذْهَبُ أَنْ لَا يَمْنَعَ كَمَا سَبَقَ.

وَمِنْهَا: أَعْنِي صَوَرَ تَعَلَّقَ الْحَقُوقِ بِالْأَمْوَالِ تَعَلَّقَ حَقُّ غُرْمَاءِ الْمُفْلِسِ بِمَالِهِ بَعْدَ الْحَجْرِ وَهُوَ تَعَلَّقَ اسْتِحْقَاقِ الاسْتِيفَاءِ مِنْهُ.

وَمِنْهَا: تَعَلَّقَ دَيُونُ الْغُرْمَاءِ بِمَالِ الْمَادُّونَ لَهُ وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ أَنَّ هَذَا التَّعَلُّقُ هَلْ يَصِحُّ شِرَاءُ السَّيِّدِ مِنْهُ كَمَالِ الْمُكَاتَبِ مَعَ سَيِّدِهِ أَوْ لَا؟ كَالْمَرْهُونِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الرَّاهِنِ عَلَى احْتِمَالَيْنِ وَهَذَا لَا يَتَوَجَّهُ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَهُوَ تَعَلَّقَ دَيُونِهِ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ وَإِنَّمَا يَتَوَجَّهُ عَلَى قَوْلِنَا يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ وَقَدْ صَرَّحَ فِي الْخِلَافِ الْكَبِيرِ بِنَاءِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى هَذَا.

وَمِنْهَا: تَعَلَّقَ حَقُوقُ الْفُقَرَاءِ بِالْهَذِي وَالْأَصْحَابِ الْمُعِينَةِ وَيَقْدُمُونَ بِمَا يَجِبُ صَرْفُهُ إِلَيْهِمْ مِنْهَا عَلَى الْغُرْمَاءِ فِي حَيَاةِ الْمُوجِبِ وَبَعْدَ وَفَاتِهِ.

* * *

القاعدة السادسة والثمانون:

الْمِلْكُ أَرْبَعَةُ أَنْوَاعٍ: مِلْكُ عَيْنٍ وَمَنْفَعَةٍ، وَمِلْكُ عَيْنٍ بِلَا مَنْفَعَةٍ، وَمِلْكُ مَنْفَعَةٍ بِلَا عَيْنٍ، وَمِلْكُ انْتِفَاعٍ مِنْ غَيْرِ مِلْكٍ الْمَنْفَعَةِ.

أَمَّا النَّوعُ الْأَوَّلُ: فَهُوَ عَامَّةُ الْأَمْلاكِ الْوَارِدَةِ عَلَى الْأَعْيَانِ الْمَمْلُوكَةِ بِالْأَسْبَابِ الْمُقْتَضِيَةِ لَهَا مِنْ بَيْعٍ وَهَبَةٍ وَإِرْثٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ. وَاعْلَمْ أَنَّ ابْنَ عَقِيلٍ ذَكَرَ فِي الْوَاضِحِ فِي أَصُولِ الْفَقْهِ إِجْمَاعَ الْفُقَهَاءِ عَلَى أَنَّ الْعِبَادَ لَا يَمْلِكُونَ الْأَعْيَانَ وَإِنَّمَا مَالِكُ الْأَعْيَانِ خَالِقُهَا سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَأَنَّ الْعِبَادَ لَا يَمْلِكُونَ سِوَى الْانْتِفَاعِ بِهَا عَلَى الْوَجْهِ الْمَادُّونَ فِيهِ شَرْعًا فَمَنْ كَانَ مَالِكًا لِعُمُومِ الْانْتِفَاعِ فَهُوَ الْمَالِكُ الْمَطْلُوقُ وَمَنْ كَانَ مَالِكًا لِنَوْعٍ مِنْهُ فَمِلْكُهُ مُقَيَّدٌ وَيَخْتَصُّ بِاسْمٍ خَاصٍّ يَمْتَّازُ بِهِ كَالْمُسْتَأْجِرِ وَالْمُسْتَعِيرِ وَغَيْرِ ذَلِكَ. وَكَذَا ذَكَرَ ابْنُ الزَّاعُونِي فِي كِتَابِ غُرَرِ الْبَيَانِ وَرَجَّحَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ. فَعَلَى هَذَا جَمِيعُ الْأَمْلاكِ إِنَّمَا هِيَ مِلْكُ الْانْتِفَاعِ وَلَكِنَّ التَّقْسِيمَ هَاهُنَا وَارِدٌ عَلَى الْمَشْهُورِ.

النَّوعُ الثَّانِي: مِلْكُ الْعَيْنِ بِدُونِ مَنْفَعَةٍ وَقَدْ أَثْبَتَهُ الْأَصْحَابُ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْمَنَافِعِ لِوَاحِدٍ

وَبِالرَّقَبَةِ لِأَخَرَ أَوْ تَرَكَهَا لِلْوَرَثَةِ، وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ مُهَنَّا فِيمَنْ أَوْصَى بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ أَوْ ظَهَرَ دَابَّةً تُرَكَّبُ أَوْ يَدَارُ تُسَكَّنُ، فَقَالَ: الدَّارُ لَا بَأْسَ بِهَا وَكَرَهُ الْعَبْدَ وَالِدَابَّةَ، لِأَنَّهُمَا يَمُوتَانِ قَالَ أَبُو بَكْرٍ الَّذِي أَقُولُ بِهِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَصَحُّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، لِأَنَّ الدَّارَ تَخْرُبُ أَيْضًا وَحَمَلَ الْقَاضِي كَلَامَ أَحْمَدَ عَلَى الْكَرَاهَةِ دُونَ إِبْطَالِ الْوَصِيَّةِ. قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَمْ يُرَدِّ أَحْمَدُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَجُوزُ إِلَّا بِمَا يَدُومُ نَفْعُهُ فَإِنَّ هَذَا لَا يَقُولُهُ أَذْنَى مَنْ لَهُ نَظَرٌ فِي الْفَقْهِ فَضْلًا عَنْ أَنْ يَكُونَ هَذَا الْإِمَامُ، وَإِنَّمَا أَرَادَ أَنَّ الْعَبْدَ وَالِدَابَّةَ إِذَا أَوْصَى بِمَنَافِعِهِمَا عَلَى التَّأْيِيدِ فَلَمْ يَتْرِكْ لِلْوَرَثَةِ مَا يَنْتَفِعُونَ بِهِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُحْسَبَ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ مِنَ الْمِيرَاثِ فَإِنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي الرَّقَبَةِ الْمُجَرَّدَةِ عَنِ الْمَنَافِعِ بَلْ هُوَ ضَرَرٌ مُحْضٌ بِجَوَازِ الْوَصِيَّةِ وَقَدْ شَرَطَ اللَّهُ تَعَالَى لِحَوَازِ الْوَصِيَّةِ عَدَمَ الْمُضَارَةِ لَكِنْ إِنْ قَصِدَ الْمُوصِي إِيْصَالَ جَمِيعِ الْمَنَافِعِ إِلَى الْمُوصَى لَهُ فَهَذِهِ وَصِيَّةٌ بِالرَّقَبَةِ فَلَا يُحْتَسَبُ عَلَى الْوَرَثَةِ مِنْهَا شَيْءٌ وَلَا يَصَحُّ الْإِيصَاءُ مَعَهَا بِالرَّقَبَةِ وَإِنْ قَصِدَ مَعَ ذَلِكَ إِنْقَاءَ الرَّقَبَةِ لِلْوَرَثَةِ أَوْ الْإِيصَاءَ بِهَا لِأَخَرٍ بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ لِامْتِنَاعِ أَنْ تَكُونَ الْمَنَافِعُ كُلُّهَا لِشَخْصٍ وَالرَّقَبَةُ لِأَخَرٍ وَلَا سَبِيلَ إِلَى تَرْجِيحِ أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ فَيَبْطُلَانِ. إِمَّا إِنْ وَصَّى فِي وَقْتٍ بِالرَّقَبَةِ لِشَخْصٍ وَفِي آخَرٍ بِالْمَنَافِعِ لِغَيْرِهِ فَهُوَ كَمَا لَوْ وَصَّى بِعَيْنٍ لِأَتْنَيْنِ فِي وَقْتَيْنِ وَاسْتَدَلَّ عَلَى أَنَّ تَمْلِيكَ جَمِيعِ الْمَنَافِعِ تَمْلِيكَ لِلْعَيْنِ بِالرَّقَبَةِ وَالْعُمَرَى فَإِنَّهَا تَمْلِيكَ لِلرَّقَبَةِ حَيْثُ كَانَتْ تَمْلِيكًَا لِلْمَنَافِعِ فِي الْحَيَاةِ وَهَذَا الْمَعْنَى مُتَّفَقٌ فِي الْوَصِيَّةِ بِسُكْنَى الدَّارِ، لِأَنَّ هَذَا تَمْلِيكَُ مَنَفْعَةٍ خَاصَّةٍ يَنْتَهِي بِمَوْتِ الْمُوصَى لَهُ وَيَخْرَابُ الدَّارُ فَيَعُودُ الْمِلْكُ إِلَى الْوَرَثَةِ كَمَا يَعُودُ الْمِلْكُ فِي السُّكْنَى فِي الْحَيَاةِ.

النَّوعُ الثَّالِثُ: مِلْكُ الْمَنَفْعَةِ بِدُونِ عَيْنٍ وَهُوَ ثَابِتٌ بِالِاتِّفَاقِ وَهُوَ ضَرْبَانِ:

أَحَدُهُمَا: مِلْكُ مُؤَبَّدٍ وَيَنْدَرِجُ تَحْتَهُ صَوْرَتَانِ:

مِنْهَا: الْوَصِيَّةُ بِالْمَنَافِعِ كَمَا سَبَقَ، وَيَشْمَلُ جَمِيعَ أَنْوَاعِهَا إِلَّا مَنَفْعَةَ الْبُضْعِ فَإِنَّ فِي دُخُولِهَا بِالْوَصِيَّةِ وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: الْوَقْفُ فَإِنَّ مَنَافِعَهُ، وَثَمَرَاتِهِ مَمْلُوكَةٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ فِي مِلْكِهِ لِرِقَبَتِهِ وَجَهَانٍ مَعْرُوفَانِ لَهُمَا فَوَائِدُ مُتَعَدِّدَةٌ.

وَمِنْهَا: الْأَرْضُ الْخَرَاجِيَّةُ الْمُقَرَّرَةُ فِي يَدِ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ بِالْخَرَاجِ بِمِلْكِ مَنَافِعِهَا عَلَى التَّأْيِيدِ.

وَالضَّرْبُ الثَّانِي: مِلْكٌ غَيْرُ مُؤَبَّدٍ فَمِنْهُ الْإِجَارَةُ وَمَنَافِعُ الْمَيْعِ الْمُسْتَثْنَاةُ فِي الْعَقْدِ مُدَّةً

مَعْلُومَةٌ، وَمِنْهُ مَا هُوَ غَيْرُ مُوقَّتٍ لَكِنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ كَالْعَارِيَّةِ عَلَى وَجْهِهِ وَإِقْطَاعِ الاسْتِغْلَالِ.
النُّوعُ الرَّابِعُ: مِلْكُ الْإِنْتِفَاعِ الْمُجَرَّدِ وَلَهُ صُورٌ مُتَعَدِّدَةٌ:

مِنْهَا: مِلْكُ الْمُسْتَعِيرِ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُ الْإِنْتِفَاعَ لَا الْمَنْفَعَةَ إِلَّا عَلَى رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ الْعَارِيَّةَ الْمُوقَّتَةَ تَلْزِمُ كَذَا قَالَ الْأَصْحَابُ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: لَزُومُ الْعَارِيَّةِ الْمُوقَّتَةِ إِنَّمَا يَدُلُّ عَلَى وَجُوبِ الْوَفَاءِ بِدَلِّ الْإِنْتِفَاعِ لَا عَلَى تَمْلِكِ الْمَنْفَعَةِ.

وَمِنْهَا: الْمُشْتَفِعُ بِمِلْكِ جَارِهِ مِنْ وَضْعِ خَشَبٍ وَمَعْرِفِي دَارٍ وَنَحْوِهِ، وَإِنْ كَانَ يَعْقِدُ صَلَاحَ فَهُوَ إِجَارَةٌ.

وَمِنْهَا: إِقْطَاعُ الْأَرْفَاقِ كَمَقَاعِدِ الْأَسْوَاقِ وَنَحْوِهَا.

وَمِنْهَا: الطَّعَامُ فِي دَارِ الْحَرْبِ قَبْلَ حِيَاظَتِهِ بِمِلْكِ الْغَانِمُونَ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ بِقَدْرِ الْحَاجَةِ وَقِيَاسُهُ الْأَكْلُ مِنَ الْأُضْحِيَّةِ وَالشَّمْرِ الْمُعْلَقِ وَنَحْوِهِ.

وَمِنْهَا: أَكْلُ الضَّيْفِ لَطَعَامِ الضَّيْفِ فَإِنَّهُ إِبَاحَةٌ مَحْضَةٌ لَا يَحْصُلُ بِهِ الْمِلْكُ بِحَالٍ عَلَى الْمَشْهُورِ عِنْدَنَا وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةٌ بِإِجْزَاءِ الْإِطْعَامِ فِي الْكُفَّارَاتِ وَيَنْزِلُ عَلَى أَحَدِ قَوْلَيْنِ، إِمَّا أَنَّ الضَّيْفَ يَمْلِكُ مَا قُدِّمَ إِلَيْهِ وَإِنْ كَانَ مِلْكًا خَاصًّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْأَكْلِ، وَإِمَّا أَنَّ الْكُفَّارَةَ لَا يُشْتَرِطُ فِيهَا تَمْلِكُ.

وَمِنْهَا: عَقْدُ النِّكَاحِ، وَتَرَدَّدَتْ عِبَارَاتُ الْأَصْحَابِ فِي مَوْرِدِهِ هَلْ هُوَ الْمِلْكُ أَوْ الْاسْتِبَاحَةُ؟ فَمِنْ قَائِلِ هُوَ الْمِلْكُ. ثُمَّ تَرَدَّدُوا هَلْ هُوَ مِلْكٌ مَنفَعَةُ الْبُضْعِ أَوْ مِلْكُ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا وَقِيلَ: بَلْ هُوَ الْحِلُّ لَا الْمِلْكُ وَلِهَذَا يَقَعُ الْاسْتِمْتَاعُ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجَةِ مَعَ أَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهَا وَقِيلَ: بَلْ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ اِزْدَوَاجٌ كَالْمُشَارَكَةِ وَلِهَذَا فَرَّقَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ بَيْنَ الْإِزْدَوَاجِ وَمِلْكِ الْيَمِينِ وَإِلَيْهِ مِيلُ الشَّيْخِ تَقِي الدِّينِ فَيَكُونُ مِنْ بَابِ الْمُشَارَكَاتِ دُونَ الْمُعَاوَضَاتِ.

القاعدة السابعة والثمانون:

فِيمَا يَقْبَلُ النَّقْلُ وَالْمُعَاوَضَةُ مِنَ الْحُقُوقِ الْمَالِيَّةِ وَالْأَمْلاكِ، أَمَّا الْأَمْلاكُ النَّامَةُ فَقَابِلَةٌ لِلنَّقْلِ بِالْعَوَضِ وَغَيْرِهِ فِي الْجُمْلَةِ، وَأَمَّا مِلْكُ الْمَنَافِعِ فَإِنْ كَانَ يَعْقِدُ لَازِمَ مِلْكٍ فِيهِ نَقْلُ الْمِلْكِ بِمِثْلِ الْعَقْدِ الَّذِي مِلْكٌ بِهِ أَوْ دُونَهُ دُونَ مَا هُوَ أَعْلَى مِنْهُ وَيَمْلِكُ الْمُعَاوَضَةَ عَلَيْهِ أَيْضًا صَرَاحًا بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَيَتَدَرَّجُ تَحْتَ هَذَا صُورًا:

مِنْهَا: إِجَارَةُ الْمُسْتَأْجِرِ جَائِزَةٌ عَلَى الْمَذْهَبِ الصَّحِيحِ بِمِثْلِ الْأَجْرَةِ وَأَكْثَرُ وَأَقَلِّ.

وَمِنْهَا: إِجَارَةُ الْوَقْفِ.

وَمِنْهَا: إِجَارَةُ الْمَنَافِعِ الْمَوْصَىٰ بِهَا وَصَّرَحَ بِهَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَمِنْهَا: إِجَارَةُ الْمَنَافِعِ الْمُسْتَنَآةِ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ.

وَمِنْهَا: إِجَارَةُ [أَرْض] الْعِنُودَةِ الْخَرَاجِيَّةِ، وَالْمَذْهَبُ الصَّحِيحُ صَحَّتْهَا وَهُوَ نَصُّ أَحْمَدَ وَلَكِنْ أُسْتُحِبَّ الْمُزَارَعَةُ فِيهَا عَلَى الْاسْتِئْجَارِ، وَحَكَى الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ رَوَايَةَ أُخْرَىٰ بِالْمَنْعِ كَرِبَاعِ مَكَّةَ وَقَدْ أَشَارَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ حَنْبَلٍ إِلَىٰ كَرَاهَةِ مَنْعِهَا وَسَنَدُّكَرُهُ فِي مَوْضِعِهِ

وَمِنْهَا: إِعَارَةُ الْعَارِيَةِ الْمُؤَقَّتَةِ إِذَا قِيلَ يَلْزُومُهَا وَمِلْكُ الْمَنْفَعَةِ فِيهَا فَإِنَّهُ يَجُوزُ وَلَا تَجُوزُ الْإِجَارَةُ، لِأَنَّهَا أَعْلَىٰ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَأَمَّا إِجَارَةُ إِقْطَاعِ الْاسْتِغْلَالِ الَّتِي مَوْرَدُهَا مَنَفَعَةُ الْأَرْضِ دُونَ رَقَبَتِهَا فَلَا تَقْلُ فِيهَا نَعْلَمُهُ، وَكَلَامُ الْقَاضِي قَدْ يُشْعِرُ بِالْمَنْعِ، لِأَنَّهُ جَعَلَ مَنَاطَ صِحَّةِ الْإِجَارَةِ لِلْمَنَافِعِ لَزُومَ الْعَقْدِ وَهَذَا مُتَّفَقٌ فِي الْإِقْطَاعِ وَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ، وَجَعَلَ الْخِلَافَ فِيهِ مُبْتَدَعًا وَقَرَّرَهُ بِأَنَّ الْإِمَامَ جَعَلَهُ لِلْجُنْدِ عِوَضًا عَنْ أَعْمَالِهِمْ فَهُوَ كَالْمَمْلُوكِ بِعِوَضٍ وَلَآنَ إِذْنُهُ فِي الْإِيجَارِ عُرْفِيٌّ فَجَازَ كَمَا لَوْ صَرَّحَ بِهِ، وَلَوْ تَهَايَا الشَّرِيكَانِ عَلَى الْأَرْضِ وَقُلْنَا: لَا يَلْزَمُ فَهَلْ لِأَحَدِهِمَا إِجَارَةُ حَصَّتِهِ؟ الْأَظْهَرُ جَوَازُهُ، لِأَنَّ الْمُتَهَايَاتِ إِذَا فُسِّخَتْ عَادَ الْمِلْكُ مُشَاعًا فَيَخْرُجُ عَلَى الْخِلَافِ فِي إِجَارَةِ الْمَشَاعِ وَتُسْتَشْنَىٰ مِنْ ذَلِكَ الْحَقُوقُ الثَّابِتَةُ دَفْعًا لِضَرَرِ الْأَمْلاكِ فَلَا يَصِحُّ النَّقْلُ فِيهَا بِحَالٍ وَتَصَحُّ الْمُعَاوَضَةُ عَلَى اثْبَاتِهَا وَاسْتِيفَائِهَا.

وَأَمَّا مِلْكُ الْاِتِّفَاعِ وَحَقُوقُ الْاِخْتِصَاصِ سِوَى الْبُضْعِ وَحَقُوقُ التَّمْلِكِ فَهَلْ يَصِحُّ نَقْلُ الْحَقِّ فِيهَا أَمْ لَا؟ إِنْ كَانَتْ لَازِمَةً جَازَ النَّقْلُ لِمَنْ يَقُومُ مَقَامُهُ فِيهَا بِغَيْرِ عِوَضٍ وَفِي جَوَازِهِ بِعِوَضٍ خِلَافٌ وَيَنْدَرِجُ ذَلِكَ فِي مَسَائِلَ:

مِنْهَا: مَا ثَبَتَ عَلَيْهِ يَدُ الْاِخْتِصَاصِ كَالْكَلْبِ وَالزَّيْتِ النَّجَسِ الْمُتَمَتِّعِ بِهِ، فَإِنَّهُ تَنْقَلُ الْيَدُ فِيهِ بِالْإِرْثِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْإِعَارَةِ فِي الْكَلْبِ، وَفِي الْهَبَةِ وَجْهَانِ اخْتَارَ الْقَاضِي عَدَمَ الصَّحَّةِ وَخَالَفَهُ صَاحِبُ الْمُعْنِيِّ وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا خِلَافٌ فِي الْحَقِيقَةِ، لِأَنَّ نَقْلَ الْيَدِ فِي هَذِهِ الْأَعْيَانِ بِغَيْرِ عِوَضٍ جَائِزٌ كَالْوَصِيَّةِ وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَأَمَّا إِجَارَةُ الْكَلْبِ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهَا لَا تَصَحُّ، لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ وَلَا مَالِيَّةٌ فِيهِ وَحَكَى أَبُو الْفَتْحِ الْحُلَوَانِيُّ فِيهَا وَجْهَيْنِ وَكَذَا خَرَجَ أَبُو الْخَطَّابِ وَجْهًا بِالْجَوَازِ فَيَكُونُ مُعَاوَضَةً عَنْ نَقْلِ الْيَدِ وَيُرَدُّ النَّهْيُ عَنْ بَيْعِهِ وَقَدْ كَانَ يُمْكِنُ جَعْلُهُ مُعَاوَضَةً عَنْ نَقْلِ الْيَدِ.

وَمِنْهَا: الْمُشْتَرِي لَا يَمْلِكُ نَقْلَ حَقِّهِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ بِلُزُومِ الْعَارِيَةِ كَمَا سَبَقَ.
وَمِنْهَا: مَرَافِقُ الْأَمْلَاكِ مِنَ الْأَفْنِيَةِ وَالْأَزَقَةِ الْمُشْتَرَكَةِ تَصَحُّ إِبَاحَتُهَا وَالْإِذْنُ فِي الْإِنْتِفَاعِ بِهَا^(١) كَالْإِذْنِ فِي فَتْحِ بَابٍ وَنَحْوِهِ. قَالَ فِي التَّلْخِيصِ: وَيَكُونُ إِعَارَةٌ عَلَى الْأَشْيَاءِ وَتَجَوُّزُ الْمُعَاوَضَةِ عَنْ فَتْحِ الْأَبْوَابِ وَنَحْوِهَا ذِكْرُهُ فِي الْمُغْنِيِّ وَالتَّلْخِيصِ وَهُوَ شَيْءٌ بِالمُصَالَحَةِ يَعْوِضُ عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي أَرْضِهِ أَوْ فَتْحِ الْبَابِ فِي حَائِطِهِ أَوْ وَضْعِ خَشَبٍ عَلَى جِدَارِهِ وَنَحْوِهِ، وَهَذَا مُتَوَجِّهٌ عَلَى الْقَوْلِ بِمِلْكِهِ هَذِهِ الْمَرَافِقُ أَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِعَدَمِ الْمِلْكِ فَهُوَ شَيْءٌ يَنْقَلُ الْيَدُ يَعْوِضُ كَمَا سَبَقَ وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الْأَصْحَابُ جَوَازَ الْمُصَالَحَةِ عَلَى الرُّوشَنِ الْخَارِجِ فِي الدَّرَبِ الْمُشْتَرَكِ وَأَمَّا [عَلَى] الشَّجَرَةِ فَفِيهَا خِلَافٌ مَعْرُوفٌ لِكُونِهَا لَا تَدُومُ عَلَى حَالَةٍ وَاحِدَةٍ وَأَمَّا الْإِنْتِفَاعُ بِأَفْنِيَةِ الْأَمْلَاكِ وَالْمَسَاجِدِ بِغَيْرِ إِذْنٍ مِنَ الْمَلِكِ وَالْإِمَامِ فَإِنْ كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ لَمْ يَجْزُ وَإِلَّا فَفِي جَوَازِهِ رَوَايَتَانِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ وَتَجَوُّزُ الْمُصَالَحَةِ يَعْوِضُ عَلَى إِسْقَاطِ حَقِّهِ مِنْ وَضْعِ الْخَشَبِ عَلَى جِدَارِهِ وَنَحْوِهِ ذَكَرَهُ فِي الْمُجَرَّدِ.

وَمِنْهَا: مُتَحَجِّرُ الْمَوَاتِ وَمَنْ أَقْطَعَهُ الْإِمَامُ مَوَاتًا لِيُحْيِيَهُ لَا يَمْلِكُهُ بِمُجَرَّدِ ذَلِكَ عَلَى الْمَذْهَبِ لَكِنْ يَثْبُتُ لَهُ فِيهِ حَقُّ التَّمْلِكِ فَيَجُوزُ نَقْلُ الْحَقِّ إِلَى غَيْرِهِ بِهِ بِإِعَارَةٍ وَيَتَقَلُّ إِلَى وَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ وَهَلْ لَهُ الْمُعَاوَضَةُ عَنْهُ عَلَى وَجْهَيْنِ أَصْلُهُمَا الْمُعَاوَضَةُ عَنْ الْحُقُوقِ فَإِنَّ هَذَا حَقُّ تَمْلِكٍ كَمَا سَبَقَ وَفَارَقَ الشُّعْعَةَ فَإِنَّ التَّقْلُّ فِيهَا مُمْتَنِعٌ، لِأَنَّهَا مِنْ حُقُوقِ الْأَمْلَاكِ فَفِي مِمَّا أُسْتَشْنِي مِنَ الْقَاعِدَةِ. قَالَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ ابْنُ مَنْصُورٍ: الشُّعْعَةُ لَا تَبَاعُ وَلَا تُوهَبُ وَحَمَلَ الْقَاضِي قَوْلَهُ لَا تَبَاعُ عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرِي لَيْسَ لَهُ أَنْ يُصَالِحَ الشُّعْبَ عَنْهَا يَعْوِضُ قَالَ: لِأَنَّهُ خِيَارٌ لَا يَسْقُطُ إِلَى مَالٍ فَلَمْ يَجْزُ أَخْذُ الْعِوَضِ عَنْهُ كَخِيَارِ الشَّرْطِ وَالْمَجْلِسِ بِخِلَافِ خِيَارِ الْقِصَاصِ وَالْعَيْبِ، لِأَنَّهُ يَسْقُطُ إِلَى الدِّيَةِ وَالْأَرْضِ وَالْأَظْهَرُ حَمَلُ قَوْلِ أَحْمَدَ لَا تَبَاعُ وَلَا تُوهَبُ عَلَى أَنَّ الشُّعْبَ لَيْسَ لَهُ نَقْلُهَا إِلَى غَيْرِهِ يَعْوِضُ وَلَا غَيْرَهُ فَأَمَّا مُصَالَحَتُهُ لِلْمُشْتَرِي فَهُوَ كَالْمُصَالَحَةِ عَلَى تَرْكِ وَضْعِ الْخَشَبِ عَلَى جِدَارٍ وَنَحْوِهِ. وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي بَابِ الشُّعْعَةِ أَيْضًا أَنَّ خِيَارَ الْعَيْبِ تَجُوزُ الْمُصَالَحَةُ عَنْهُ يَعْوِضُ وَعَلَى أَنَّ الْعَيْبَ يَمْنَعُ لُزُومَ الْعَقْدِ وَمَعَ عَدَمِ اللُّزُومِ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الثَّمَنِ وَالنَّقْصُ مِنْهُ فَجَعَلَ الصُّلْحَ هَهُنَا إِسْقَاطًا مِنَ الثَّمَنِ كَالْأَرْضِ، عَلَى قِيَاسِ خِيَارِ الشَّرْطِ وَالْمَجْلِسِ، لِأَنَّ التَّصَرُّفَ فِي الثَّمَنِ بِالنَّقْصِ وَالزِّيَادَةِ فِيهِ مُمَكِّنٌ.

(١) لأنها مشتركة لا تختص بدار دون أخرى كالشارع حاشية البيهقي (٣/ ١٩١).

وَمِنْهَا: الْكُلَّ وَالْمَاءَ فِي الْأَرْضِ الْمَمْلُوكَةِ إِذَا قُلْنَا: لَا يُمْلِكَانِ بِدُونِ الْحِيَازَةِ فَلِلْمَالِكِ
الْإِذْنُ فِي الْأَخْذِ وَلَيْسَ لَهُ الْمُعَاوَضَةُ عِنْدَ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ. وَوَقَعَ فِي الْمُقْنِعِ وَالْمُحَرَّرِ مَا
يَقْتَضِي حِكَايَةَ رَوَاتَيْنِ فِي جَوَازِ الْمُعَاوَضَةِ، وَإِنْ قُلْنَا: بَعْدَمُ الْمَلِكِ وَلَعَلَّهُ مِنْ بَابِ الْمُعَاوَضَةِ
عَمَّا يَسْتَحِقُّ تَمْلِكُهُ فَيَلْتَحِقُ بِالْقَاعِدَةِ.

وَمِنْهَا: مَقَاعِدُ الْأَسْوَاقِ وَمَجَالِسُ الْمَسَاجِدِ وَنَحْوَهَا يَصِحُّ نَقْلُ الْحَقِّ فِيهِمَا بِغَيْرِ عَوْضٍ،
لَأَنَّ الْحَقَّ فِيهِمَا لَازِمٌ بِالسَّبْقِ وَلَوْ أَثَرُ بِهَا غَيْرُهُ فَسَبَقُ ثَالِثٌ فَجَلَسَ فَهَلْ يَكُونُ أَحَقُّ مِنَ
الْمُؤْتَرِّ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ، لَأَنَّ الْحَقَّ الْقَائِمَ زَالَ بِانْفِصَالِهِ فَصَارَ الْحَقُّ ثَابِتًا بِالسَّبْقِ. وَالثَّانِي: لَا، لِأَنَّهُ
لَوْ قَامَ لِحَاجَةٍ وَنَحْوَهَا لَمْ يَسْقُطْ حَقُّهُ فَكَذَا إِذَا أَثَرُ غَيْرُهُ، لِأَنَّهُ أَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ وَبَنَى بَعْضُهُمْ
هَذَا الْخِلَافَ عَلَى الْقَوْلِ بِعَدَمِ كِرَاهَةِ الْإِثَارِ بِالْقُرْبِ فَأَمَّا إِنْ قُلْنَا: يَكْرَاهِيهِ فَالسَّابِقُ أَحَقُّ بِهِ
وَجْهًا وَاحِدًا وَفَرَّقَ بَعْضُهُمْ بَيْنَ مَجَالِسِ الْمَسَاجِدِ وَنَحْوَهَا وَمَقَاعِدِ الْأَسْوَاقِ فَاجَازَ النَّقْلَ فِي
الْمَقَاعِدِ خَاصَّةً، لِأَنَّهَا مُنَافِعُ دُنْيَوِيَّةٍ فَهِيَ كَالْحَقُوقِ الْمَالِيَةِ.

وَمِنْهَا: الطَّعَامُ الْمُبَاحُ فِي دَارِ الْحَرْبِ يَجُوزُ نَقْلُ الْيَدِ فِيهِ إِلَى مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْاسْتِحْقَاقِ
مِنَ الْمَغْنَمِ أَيْضًا لِاشْتِرَاكِ الْكُلِّ فِي اسْتِحْقَاقِ الْانْتِفَاعِ وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ تَمْلِيكًا لِانْتِفَاءِ مِلْكِهِ
بِالْأَخْذِ حَتَّى لَوْ احْتِاجَ إِلَى صَاعٍ مِنْ بُرٍّ جَيِّدٍ وَعِنْدَهُ صَاعَانِ رَدِيثَانِ فَلَهُ أَنْ يُبَدِّلَهُمَا بِصَاعٍ إِذْ
هُوَ مَأْخُودٌ عَلَى الْإِبَاحَةِ دُونَ التَّمْلِيكِ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ.

وَمِنْهَا: الْمُبَاحُ أَكَلُهُ مِنْ مَالِ الزَّكَاةِ وَالْأَصْحَابِيَّ يَجُوزُ إِطْعَامُهُ لِلضَّيْفَانِ وَنَحْوِهِمْ لَا اسْتِقْرَارَ
الْحَقِّ فِيهِ بِخِلَافِ طَعَامِ الضَّيْفَةِ وَلَا يَجُوزُ الْمُعَاوَضَةُ عَنْ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: مَنَافِعُ الْأَرْضِ الْخَرَاجِيَّةُ يَجُوزُ نَقْلُهَا بِغَيْرِ عَوْضٍ إِلَى مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ فِيهَا وَيَسْتَقِلُّ
إِلَى الْوَارِثِ وَيَقُومُ مَقَامَ مَوْرُوثِهِ فِيهَا. وَكَذَلِكَ يَجُوزُ جَعْلُهَا مَهْرًا نَصَّ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةِ عَبْدِ
اللَّهِ وَنَصَّ فِي رَوَايَةِ ابْنِ هَانِيٍّ وَغَيْرِهِ عَلَى جَوَازِ دَفْعِهَا إِلَى الزَّوْجَةِ عَوْضًا عَمَّا تَسْتَحِقُّهُ عَلَيْهِ
مِنَ الْمَهْرِ وَهَذَا مُعَاوَضَةٌ عَنْ مَنَافِعِهَا الْمَمْلُوكَةِ فَأَمَّا الْبَيْعُ فَكْرَهُ أَحْمَدُ وَنَهَى عَنْهُ وَاخْتَلَفَ
قَوْلُهُ فِي بَيْعِ الْعِمَارَةِ الَّتِي فِيهَا لِنَلَّا يَتَّخَذَ طَرِيقًا إِلَى بَيْعِ رَقَبَةِ الْأَرْضِ الَّتِي تُمْلِكُ بَلْ هِيَ إِمَّا
وَقَفٌ وَإِمَّا لِلْمُسْلِمِينَ جَمِيعًا وَنَصَّ فِي رَوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ عَلَى أَنَّهُ يَبِيعُ آلَاتِ عِمَارَتِهِ بِمَا
يُسَاوِي وَكَرِهَ أَنْ يَبِيعَ بِأَكْثَرٍ مِنْ ذَلِكَ لِهَذَا الْمَعْنَى وَكَذَلِكَ نَقَلَ عَنْهُ ابْنُ هَانِيٍّ أَنَّهُ قَالَ يَقُومُ
دُكَّانُهُ مَا فِيهِ مِنْ غُلَّتِي وَكُلُّ شَيْءٍ يُحْدِثُهُ فِيهِ فَيُعْطَى ذَلِكَ وَلَا أَرَى أَنْ يَبِيعَ سَكْنَى دَارٍ وَلَا

دُكَّانٍ وَرَخَّصَ فِي رَوَايَةٍ عَنْهُ فِي شِرَائِهَا دُونَ بَيْعِهَا، لِأَنَّ شِرَاءَهَا اسْتِنْقَادٌ لَهَا بِعَوَضٍ مِمَّنْ يَتَعَدَّى الصَّرْفُ فِيهَا وَهُوَ جَائِزٌ وَرَخَّصَ فِي رَوَايَةِ الْمُرُودِيِّ أَيْضًا فِي بَيْعِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِلتَّقَفَةِ مِنْهَا فَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ عَنِ التَّقَفَةِ تَصَدَّقَ بِهِ وَكُلُّ هَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ رَقَبَةَ هَذِهِ الْأَرْضِ وَقَفَّهَا عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(١) وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ حَكَى رَوَايَةَ أُخْرَى بِجَوَازِ الْبَيْعِ مُطْلَقًا كَالْحُلُوفِ وَأَيْنِهِ وَكَذَلِكَ خَرَجَهَا ابْنُ عَقِيلٍ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ عَلَى صِحَّةٍ وَقَفَّهَا وَلَوْ كَانَتْ وَقَفًا لَمْ يَصَحَّ وَقَفُّهَا وَكَذَلِكَ وَقَعَ فِي كَلَامِ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ شَاقِلَا وَابْنِ أَبِي مُوسَى مَا يَقْتَضِيهِ الْجَوَازُ وَلَهُ مَاخُذَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْأَرْضَ لَيْسَتْ وَقَفًا وَهُوَ مَاخُذُ ابْنِ عَقِيلٍ وَعَلَى هَذَا فَإِنْ كَانَتْ مَقْسُومَةً فَلَا إِشْكَالَ فِي مِلْكِهَا وَإِنْ كَانَتْ فَيْتًا لَيْسَتْ الْمَالُ وَأَكْثَرُ كَلَامِ أَحْمَدَ يَدُلُّ عَلَيْهِ فَهَلْ تَصِيرُ وَقَفًا بِنَفْسِ الْإِنْتِقَالِ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ. فَإِنْ قُلْنَا: لَا تَصِيرُ وَقَفًا فَلِلْإِمَامِ بَيْعُهَا وَصَرَفُ ثَمَنِهَا إِلَى الْمَصَالِحِ. وَهَلْ لَهُ إِقْطَاعُهَا إِقْطَاعَ تَمْلِكٍ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَ ذَلِكَ الْقَاضِي فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ.

وَالْمَاخُذُ الثَّانِي: أَنَّ الْبَيْعَ هُنَا وَارِدٌ عَلَى الْمَنَافِعِ دُونَ الرَّقَبَةِ فَهُوَ نَقْلٌ لِلْمَنَافِعِ الْمُسْتَحَقَّةِ بِعَوَضٍ وَهَذَا اخْتِيَارُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مِنْ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ أَجَازَ دَفْعَهَا عَوَضًا عَنْ الْمَهْرِ وَيَشْهَدُ لَهُ مَا تَقَدَّمَ مِنَ الْمُعَاوَضَةِ عَنِ الْمَنَافِعِ فِي مَسَائِلَ مُتَعَدِّدَةٍ وَإِنْ كَانَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَالْأَكْثَرُونَ صَرَّحُوا بِعَدَمِ صِحَّةِ بَيْعِ الْمَنَافِعِ الْمُجَرَّدَةِ وَالتَّحْقِيقُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْمَنَافِعَ نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: مَنَافِعُ الْأَعْيَانِ الْمَمْلُوكَةِ الَّتِي تَقْبَلُ الْمُعَاوَضَةَ مَعَ أَعْيَانِهَا فَهَذِهِ قَدْ جَوَّزَ الْأَصْحَابُ بَيْعَهَا فِي مَوَاضِعَ.

مِنْهَا: أَنَّ أَصْلَ وَضْعِ الْخَرَاجِ عَلَى الْعَنْوَةِ، إِذَا قِيلَ هِيَ فِيءٌ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِأَجْرَةٍ بَلْ هُوَ شَيْءٌ بِهَا وَمُتَرَدِّدٌ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْبَيْعِ.

وَمِنْهَا: الْمَصَالِحَةُ بِعَوَضٍ عَلَى وَضْعِ الْأَخْشَابِ وَفَتْحِ الْأَبْوَابِ وَمُرُورِ الْمِيَاهِ وَنَحْوِهَا، وَلَيْسَ بِإِجَارَةٍ مَحْضَةٍ لِعَدَمِ تَقْدِيرِهِ الْمُدَّةَ وَهُوَ شَيْءٌ بِالْبَيْعِ.

(١) وقال أبو سعيد: أن الأرض الموقوفة على المسلمين من يد إلى يد وما يؤخذ من الخراج فهو أجرة، ودليل ذلك ما روى بكير بن عامر عن عامر قال: اشترى عقبة بن فرقد أرضاً من أرض الخراج فأتى عمر فأخبره، فقال: ممن اشتريتها؟ قال: من أهلها، قال: فهؤلاء أهلها المسلمون أبتعوه شيئاً، قالوا: لا، قال: فاذهب فاطلب مالك. المذهب (٢/٢٦٤، ٢٦٥).

وَمِنْهَا: لَوْ أَعْتَقَ عَبْدُهُ وَأَسْتَشَى خِدْمَتَهُ سَنَةً، فَهَلْ لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا مِنْهُ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ ذَكَرَهُمَا ابْنُ أَبِي مُوسَى وَهُمَا مَنْصُوصَتَانِ عَنْ أَحْمَدَ وَلَا يُقَالُ: هُوَ لَا يَمْلِكُ بَيْعَ الْعَبْدِ فِي هَذِهِ الْحَالِ، لِأَنَّ هَذِهِ الْمَنَافِعَ كَانَتْ بِمِلْكِ الْمُعَاوَضَةِ عَنْهَا فِي حَالِ الرِّقِّ وَقَدْ اسْتَبَقَاهَا بَعْدَ زَوَالِهِ فَاسْتَمَرَ حُكْمُ الْمُعَاوَضَةِ عَلَيْهَا كَمَا يَسْتَمِرُّ حُكْمُ وَطْءِ الْمُكَاتَبَةِ إِذَا اسْتَنَاهُ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ وَهَلِ الْكِتَابَةُ إِلَّا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ عَلَى الْمَنَافِعِ.

النَّوعُ الثَّانِي: الْمَنَافِعُ الَّتِي مُلِكَتْ مُجَرَّدَةً عَنِ الْأَعْيَانِ أَوْ كَانَتْ أَعْيَانُهَا غَيْرَ قَابِلَةٍ لِلْمُعَاوَضَةِ فَهَذَا مَحَلُّ الْخِلَافِ الَّذِي نَتَكَلَّمُ فِيهِ هَاهُنَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* * *

القاعدة الثامنة والثمانون:

فِي الْإِنْتِفَاعِ وَلِأَحْدَاثٍ مَا يُنْتَفَعُ بِهِ مِنَ الطَّرِيقِ الْمَسْلُوكَةِ فِي الْأَمْصَارِ وَالْقُرَى وَهَوَاكِنِهَا وَقَرَارِهَا. أَمَّا الطَّرِيقُ نَفْسُهُ فَإِنْ كَانَ ضَيِّقًا أَوْ أَحْدَثَ فِيهِ مَا يَضُرُّ بِالْمَارَةِ فَلَا يَجُوزُ بِكُلِّ حَالٍ، وَأَمَّا مَعَ السَّعَةِ وَانْتِفَاءِ الضَّرَرِ فَإِنْ كَانَ الْمُحْدَثُ فِيهِ مُتَابِلًا كَالْبِنَاءِ وَالْغُرَاسِ فَإِنْ كَانَ لِمَنْفَعَةٍ خَاصَّةٍ بِأَحَدٍ النَّاسِ لَمْ يَجْزُ عَلَى الْمَعْرُوفِ مِنَ الْمَذْهَبِ وَإِنْ كَانَ لِمَنْفَعَةٍ عَامَةٍ فَفِيهِ خِلَافٌ مَعْرُوفٌ، مِنْهُمْ مَنْ يُطْلَقُهُ وَمِنْهُمْ مَنْ يَخْصُهُ بِحَالَةِ انْتِفَاءِ إِذْنِ الْإِمَامِ فِيهِ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُتَابِلٍ وَنَفَعُهُ خَاصٌّ كَالْجُلُوسِ وَإِقْفَافِ الدَّابَّةِ فِيهِ فَفِيهِ خِلَافٌ أَيْضًا. وَأَمَّا الْقَرَارُ الْبَاطِنُ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الظَّاهِرِ عَلَى الْمَنْصُوصِ. وَأَمَّا الْهَوَاءُ فَإِنْ كَانَ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ خَاصًّا بِدُونِ إِذْنِ الْإِمَامِ فَالْمَعْرُوفُ مَنَعُهُ بِإِذْنِهِ فِيهِ خِلَافٌ وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ.

مِنْهَا: إِذَا حَفَرَ فِي طَرِيقٍ وَاسِعٍ يَثْرَأُ فَإِنْ كَانَ لِنَفْعِ الْمُسْلِمِينَ ^(١) فَفِيهِ طَرِيقَانِ: أَحَدُهُمَا: إِنْ كَانَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ جَازَ وَإِنْ كَانَ بِدُونِ إِذْنِهِ فَفِيهِ رَوَايَتَانِ قَالَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ.

وَالثَّانِي: فِيهِ رَوَايَتَانِ عَلَى الْإِطْلَاقِ قَالَهُ أَبُو الْخَطَّابِ، وَصَاحِبُ الْمُغْنِيِّ إِذْ الشَّرُّ مَظْنَةٌ الْعَطَبِ، وَإِنْ كَانَ الْحَفَرُ لِنَفْسِهِ ضَمِنَ بِكُلِّ حَالٍ وَلَوْ كَانَ فِي فَنَائِهِ نَصٌّ عَلَيْهِ وَلَا يَجُوزُ إِذْنُ الْإِمَامِ فِيهِ عِنْدَ الْأَصْحَابِ. وَفِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ لِلْقَاضِي أَنَّ لَهُ التَّصَرُّفَ فِي فَنَائِهِ بِمَا شَاءَ مِنْ حَفْرِ وَغَيْرِهِ إِذَا لَمْ يَضُرَّ وَكَمَا فِي فَنَاءِ غَيْرِهِ، فَإِنْ أَضَرَّ بِأَهْلِهِ لَمْ يَجْزُ وَإِنْ لَمْ يَضُرَّ جَازَ

(١) عند الشافعية إذا كان ذلك بغير إذن الإمام فهلك به إنسان فقد قيل: يضمن وقيل: لا يضمن. المذهب

وَهَلْ يُعْتَبَرُ إِذْنُهُمْ أَوْ إِذْنُ الْإِمَامِ فِي فَنَاءِ الْمَسْجِدِ عَلَى وَجْهَيْنِ.

ومنها: إذا بنى مسجداً في طريق واسع لم يضر بالمارة، قال الأكثرون من الأصحاب: إن كان بإذن الإمام جاز وإلا فروايتان وقال أحمد في رواية ابن الحكم: أكره الصلاة في المسجد الذي لا يؤخذ من الطريق إلا أن يكون بإذن الإمام، ومنهم من أطلق الروايتين وكلام أحمد أكثره غير مقيّد، قال في رواية المروزي: المساجد التي في الطرقات حكمها أن تهدم. وقال إسماعيل الشانجي: سألت أحمد عن طريق واسع للمسلمين عنه غنى وبهم إلى أن يكون هناك مسجد حاجة هل يجوز أن يبنى هناك مسجد؟ قال: لا بأس بذلك إذا لم يضر بالطريق. قال: وسألت أحمد هل يبنى على خندق مدينة المسلمين مسجد للمسلمين عامة؟ قال: لا بأس بذلك إذا لم يضر بالطريق. قال الجوزجاني في المترجم: والذي عن أحمد من الضرر بالطريق ما وقت النبي ﷺ من السبع الأذرع كذا، قال: ومراؤه أنه يجوز البناء إذا فصل من الطريق سبعة أذرع والمنصوص عن أحمد أن قول النبي ﷺ: «إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبعة أذرع» في أرض مملوكة لغوم أرادوا البناء فيها وتشاجروا في مقدار ما يتركونه منها للطريق^(١) وبذلك فسر ابن بطّة وأبو حفص العكبري والأصحاب وأنكروا جواز تضيق الطريق الواسع إلى أن يبقى منه سبعة أذرع^(٢).

ومنها: بناء غير المساجد في الطرقات فإن كان البناء للوقوف على المسجد فهو كبناء المسجد قاله الشيخ تقي الدين بن تيمية وكذا إن كان لمصلحة عامة كخان مسبل ونحوه وإن كان لمنفعة تخص بأحد الناس فالمشهور عدم جوازه، لأن الطريق مشترك فلا يملك أحد إسقاط الحق المشترك منه والاختصاص به ولا يملك الإمام الإذن في ذلك وفي كتاب الطرقات لابن بطّة أن بعض الأصحاب أفتى بجوازه وأخذه من نص أحمد في بناء المسجد. والفرق واضح، لأن بناء المسجد حق الاشتراك فيه باقٍ غير أنه انتقل من استحقاق المروء إلى استحقاق اللبس للعبادة، وكلام أحمد يدل على المنع قال في رواية ابن القاسم: إذا كان الطريق قد سلكه الناس وصير طريقاً فليس لأحد أن يأخذ منها شيئاً قليلاً ولا كثيراً. وقال في رواية العباس بن موسى: إذا نصب الماء عن جزيرة لم يبن فيها،

(١) هذا الحديث أخرجه البخاري في فتح الباري ح (٢٣٤١) ح (١١٩/٥).

(٢) فإذا كان أزيد من سبعة أذرع لم يمنع من المعقود في الزائد، وإن كان أقل منع لثلاث يضيّق الطريق على غيره. فتح الباري (١١٩/٥).

لَأَنَّ فِيهَا ضَرَرًا وَهُوَ أَنَّ الْمَاءَ يَرْجِعُ، قَالَ الْقَاضِي: مَعْنَاهُ إِذَا بَنَى فِي طَرِيقِ الْمَارَةِ فَضَرَّ بِالْمَارَةِ فِي ذَلِكَ الطَّرِيقِ فَلَمْ يُجَوِّزْهُ، وَكَرِهَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ بُخْتَانَ أَنَّ يَطْحَنَ فِي الْغُرُوبِ وَقَالَ: رُبَّمَا غَرَقَتِ السُّقُنُ وَقَالَ فِي رِوَايَةٍ مِثْنَى: إِذَا كَانَتْ فِي طَرِيقِ النَّاسِ فَلَا يُعْجِبُنِي وَالْغُرُوبُ كَأَنَّهَا طَاحُونٌ يُصْنَعُ فِي النَّهْرِ الَّذِي تَجْرِي فِيهِ السُّقُنُ وَكَرِهَ شِرَاءُ مَا يَطْحَنُ فِيهَا. وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْغُرْبَةِ فِي النَّهْرِ: إِنْ كَانَ وَضَعُهَا بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَالطَّرِيقُ وَاسِعٌ وَالْجَرَيَانُ مُعْتَدِلٌ بِحَيْثُ يُمَكِّنُ الْإِحْتِرَازَ مِنْهُ جَازٌ وَإِلَّا لَمْ يَجْزُ. وَلَعَلَّ الْغُرْبَةَ كَالسَّيْنَةِ لَا تَتَأَبَّدُ بِخِلَافِ الْبِنَاءِ وَحُكْمِ الْغُرَاسِ حُكْمُ الْبِنَاءِ وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ فِي النَّخْلَةِ الْمَغْرُوسَةِ فِي الْمَسْجِدِ: أَتَاهَا غُرْسَتْ بِغَيْرِ حَقٍّ فَلَا أَحَبُّ الْأَكْلِ مِنْهَا وَلَوْ قَلَعَهَا الْإِمَامُ كَانَ أَوْلَى وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ أَطْلَقَ فِيهَا الْكَرَاهَةَ كَصَاحِبِ الْمُبْهَجِ وَجَعَلَ ثَمَرَهَا لِجَيْرَانَ الْمَسْجِدِ الْفُقَرَاءَ وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ هَانِمٍ وَابْنِ بُخْتَانَ فِي دَارِ السَّيْلِ يُغْرَسُ فِيهَا كَرْمٌ قَالَ: إِنْ كَانَ يَضُرُّ بِهِمْ فَلَا. وَظَاهِرُهُ جَوَازُهُ مَعَ انْتِفَاءِ الضَّرَرِ وَلَعَلَّ الْغُرْسَ كَانَ لِجِهَةِ السَّيْلِ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: اخْتِصَاصُ أَحَادِ النَّاسِ فِي الطَّرِيقِ بِانْتِفَاعٍ لَا يَتَأَبَّدُ فَمَنْ ذَلِكَ الْجُلُوسُ لِلْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَقَالَ الْأَكْثَرُونَ: إِنْ كَانَ الطَّرِيقُ وَاسِعًا وَلَا ضَرَرَ فِي الْجُلُوسِ بِالْمَارَةِ جَازَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَيُدُونُ إِذْنَهُ وَإِلَّا لَمْ يَجْزُ وَلِلْإِمَامِ أَنْ يَقْطِعَهُ مِنْ شَاءَ وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ فِي جَوَازِهِ يَدُونُ إِذْنُ الْإِمَامِ رِوَايَتَيْنِ، وَحَكَى فِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ بِالْجَوَازِ وَالْمَنْعِ ثُمَّ حَمَلَهُمَا عَلَى اخْتِلَافِ حَالَتَيْنِ، فَالْجَوَازُ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِالْمَارَةِ وَالْمَنْعُ إِذَا ضَرَّ وَجَعَلَ حَقَّ الْجُلُوسِ كَحَقِّ الاسْتِطْرَاقِ، لِأَنَّهُ لَا يُعْطَلُ حَقُّ الْمُرُورِ بِالْكَلِّيَّةِ فَهُوَ كَالْفِيَامِ لِحَاجَةٍ وَأُظُنُّ أَنَّ ابْنَ بَطَّةَ حَكَى قَبْلَهُ رِوَايَتَيْنِ مُطْلَقَتَيْنِ فِي الْجَوَازِ وَعَدَمِهِ وَكَذَلِكَ ذَكَرَ صَاحِبُ الْمُقْنَعِ فِي الْجُلُوسِ فِي الطَّرِيقِ الْوَاسِعِ هَلْ يُوجِبُ ضَمَانٌ مَا عَثَرَ بِهِ عَلَى رِوَايَتَيْنِ وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى الْخِلَافِ فِي جَوَازِهِ، وَأَمَّا الْقَاضِي فَقَالَ: لَا يَضْمَنُ بِالْجُلُوسِ رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ.

وَمِنْ ذَلِكَ لَوْ رِبَطَ دَابَّتُهُ أَوْ أَوْقَفَهَا فِي الطَّرِيقِ وَالْمَنْصُوصُ مِنْهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ: إِذَا أَقَامَ دَابَّتُهُ عَلَى الطَّرِيقِ فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا جَنَّتْ لَيْسَ لَهُ فِي الطَّرِيقِ حَقٌّ، وَكَذَا نَقَلَ عَنْهُ أَبُو طَالِبٍ وَحَنْبَلٌ ضَمَانُ جَنَابَةِ الدَّابَّةِ إِذَا رَبَطَهَا فِي الطَّرِيقِ، وَكَذَا أَطْلَقَ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَأَبُو الْخَطَّابِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ بَيْنَ حَالَةِ التَّضْيِيقِ وَالسَّعَةِ وَمَاخَذَهُ أَنَّ طَبَعَ الدَّابَّةِ الْجَنَابَةَ بِفِيهَا أَوْ رَجُلَهَا فإِقْبَافَهَا فِي الطَّرِيقِ كَوْضَعِ الْحَجَرِ وَنَصَبِ السَّكِينِ فِيهِ. وَحَكَى الْقَاضِي فِي كِتَابِ

الرَّوَايَتَيْنِ رَوَايَةً أُخْرَى بَعْدَ الضَّمَانِ إِذَا وَقَفَ فِي طَرِيقٍ وَأَسْعَ لِقَوْلِ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ سَعِيدٍ إِذَا وَقَفَ عَلَى نَحْوِ مَا يَقِفُ النَّاسُ أَوْ فِي مَوْضِعٍ يَجُوزُ أَنْ يَقِفَ فِي مِثْلِهِ فَفَتَحَتْ يَدَهُ أَوْ رَجُلٍ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، قَالَ الْقَاضِي: ظَاهِرُهُ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ إِذَا كَانَ وَاقِفًا لِحَاجَةٍ وَكَانَ الطَّرِيقُ وَاسِعًا، وَأَمَّا الْأَمْدِيُّ فَحَمَلَ الْمَنْعَ عَلَى حَالَةِ ضَيْقِ الطَّرِيقِ وَالْجَوَازَ عَلَى حَالَةِ سَعَتِهِ وَالْمَذْهَبُ عَنْهُ الْجَوَازُ مَعَ السَّعَةِ وَعَدَمُ الْإِضْرَارِ رَوَايَةً وَاحِدَةً، وَمِنْ الْمُتَأَخِّرِينَ مَنْ جَعَلَ الْمَذْهَبَ الْمَنْعَ رَوَايَةً وَاحِدَةً وَصَرَّحَ صَاحِبُ التَّلْخِصِ بِجَرَيَانِ الْخِلَافِ فِي صَوْرَتَيْ الْقِيَامِ وَالرَّيْبِ وَخَالَفَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ، وَقَالَ: الرِّبْتُ عُذْوَانٌ بِكُلِّ حَالٍ وَرَبِطُ السَّقِينَةِ وَإِرْسَاؤُهَا فِي النَّهْرِ الْمَسْلُوكِ. قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: إِنْ كَانَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَالطَّرِيقُ وَاسِعًا وَالْجَرَيَانُ مُعْتَدِلًا جَازٌ وَإِلَّا لَمْ يَجْزُ وَخَالَفَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ فِي اعْتِبَارِ إِذْنِ الْإِمَامِ فِي هَذَا لِتَكَرُّرِهِ، قَالَ الْمِيمُونِيُّ: مِلْتُ أَنَا وَأَبُو عَبْدِ اللَّهِ إِلَى وَدَوَاعِيهِ يَعْنِي فِي دِجَلَةٍ فَكَتَرَى زُورَقًا مِنْ وَدَوَاعِيهِ فَرَأَيْتُهُ يَتَخَطَّى زَوْجَتَهُمَا عِدَّةً لِلنَّاسِ وَلَمْ أَرَهُ اسْتِئْذَانَ أَحَدًا مِنْهُمْ، قَالَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ: لِأَنَّهُ حَرِيمٌ دِجَلَةٌ وَهُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فَلَمَّا ضَيَّقُوهُ جَازَ الْمَشْيُ عَلَيْهِ وَعَلَى قِيَاسِ ذَلِكَ لَوْ وُضِعَ فِي الْمَسْجِدِ سَرِيرٌ وَنَحْوُهُ جَازَتْ الصَّلَاةُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ بِخِلَافِ مَا إِذَا بَسَطَ فِيهِ مُصَلًى وَقُلْنَا: لَا يَبْتَدِئُ بِهِ السَّبْقُ فَإِنَّهُ يُرْفَعُ وَيُصَلَّى مَوْضِعُهُ وَلَا يُصَلَّى عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ رَفَعَهُ لَا مَشَقَّةَ فِيهِ.

وَمِنْ ذَلِكَ: الْإِنْتِفَاعُ بِالطَّرِيقِ بِالْقَاءِ الْكُنَاسَةِ وَالْأَفْذَارِ فَإِنْ كَانَ نَجَاسَةً فَهُوَ كَالْتَلَخِّي فِي الطَّرِيقِ وَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ لَكِنْ هَلْ هُوَ نَهْيٌ كَرَاهَةٍ أَوْ نَهْيٌ تَحْرِيمٍ كَلَامُ الْأَصْحَابِ مُخْتَلَفٌ فِي ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَحْصُلُ بِهِ الزَّلَقُ كَرَشِ الْمَاءِ وَصَبِّهِ وَالْقَاءِ قُشُورِ الْبُطِيخِ أَوْ يَحْصُلُ بِهِ الْعُثُورُ كَالْحَجَرِ فَلَا يَجُوزُ وَالضَّمَانُ وَاجِبٌ بِهِ وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَشِّ الْمَاءِ قَالَ فِي التَّرْغِيبِ إِلَّا أَنْ يَرُشَّهُ لِيَسْكُنَ بِهِ الْغُبَارُ فَهُوَ مَصْلَحَةٌ عَامَّةٌ فَيَصِيرُ كَحَفْرِ الْبُيْرِ السَّائِلَةِ. وَفِيهِ رَوَايَتَانِ.

وَمِنْهَا: الْحَفَرُ فِي الطَّرِيقِ وَهُوَ مَمْنُوعٌ سِوَاءَ تَرْكِهِ ظَاهِرًا أَوْ غَطَّاهُ وَأَسْقَفَ عَلَيْهِ. قَالَ الْمَرْوُذِيُّ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرَّجُلِ يَحْفَرُ فِي فَنَائِهِ الْبُيْرَ أَوْ الْمَخْرَجَ الْمُغْلَقَ. قَالَ: لَا هَذَا طَرِيقٌ لِلْمُسْلِمِينَ. قُلْتُ: إِنَّمَا هِيَ بُيْرٌ تُحْفَرُ وَيُسَدُّ رَأْسُهَا. قَالَ: أَلَيْسَ فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ أَكْرَهُ هَذَا كُلَّهُ فَمَنْعَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي بَاطِنِ الطَّرِيقِ بِالْحَفْرِ، وَنَقَلَ عَنْهُ ابْنُ هَانِئٍ وَأَبْنُ بُوخْتَانَ وَالْفَضْلُ بْنُ زِيَادٍ فِي رَجُلٍ فِي دَارِهِ شَجَرَةٌ، فَنَبَتَ مِنْ عُرْوَقِهَا شَجَرَةٌ فِي دَارِ رَجُلٍ آخَرَ، لِمَنْ

هَذِهِ الشَّجَرَةُ؟ قَالَ: مَا أَدْرِي مَا هَذَا وَرَبِّمَا كَانَ ضَرَرًا عَلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ. قَالَ الْقَاضِي: وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا ضَرَرٌ وَهُوَ أَنْ تَكُونَ عُرُوقُهَا تَحْتَ الْأَرْضِ لَا يُؤْخَذُ بِقَلْعِهَا، لِأَنَّ الضَّرَرَ إِنَّمَا يَكُونُ بِظُهُورِهَا عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ. انْتَهَى. وَفِيهِ نَظَرٌ، وَصَرَّحَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْوَاضِحِ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ بِوُجُوبِ إزَالَةِ عُرُوقِ شَجَرَتِهِ مِنْ أَرْضٍ غَيْرِهِ.

وَمِنْهَا: إِشْرَاعُ الْأَجْنَحَةِ وَالسَّابَّاطَاتِ^(١) وَالْخَشَبِ وَالْحِجَارَةِ فِي الْجِدَارِ إِلَى الطَّرِيقِ فَلَا يَجُوزُ وَيُضْمَنُ بِهِ نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ وَابْنِ مَنْصُورٍ وَمُهَنَّا وَغَيْرِهِمْ. وَلَمْ يُعْتَبَرْ إِذْنُ الْإِمَامِ فِي ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْمَجَرَّدِ وَصَاحِبُ الْمُعْنِيِّ وَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَالْأَكْثَرُونَ يَجُوزُ بِإِذْنِ الْإِمَامِ مَعَ انْتِفَاءِ الضَّرَرِ بِهِ، وَفِي شَرْحِ الْهَدَايَةِ لِلشَّيْخِ مَجْدُ الدِّينِ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ: إِنْ كَانَ لَا يَضُرُّ بِالْمَارَّةِ جَارًا، وَهَلْ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِ الْإِمَامِ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: يَفْتَقِرُ، لِأَنَّهُ مِلْكٌ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فَلَا يَجُوزُ تَخْصِيصُهُ بِجِهَةٍ خَاصَّةٍ إِلَّا لِلْإِمَامِ.

وَالثَّانِيَةُ: لَا يَفْتَقِرُ، لِأَنَّ مَنَفْعَةَ الطَّرِيقِ الْمُرُورُ وَهُوَ لَا يَخْتَلُ بِذَلِكَ وَأَمَّا الْمِيَازِبُ وَمَسِيلُ الْمِيَاهِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ الْأَصْحَابِ قَالَ الْمَرْوُذِيُّ: سَقِفَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ سَطْحُ الْحَاكَةِ وَجَعَلَ مَسِيلُ الْمِيَاهِ إِلَى الطَّرِيقِ وَبَاتَ تِلْكَ اللَّيْلَةَ فَلَمَّا أَصْبَحَ قَالَ: أَدْعُ لِي النَّجَّارَ يُحَوِّلُ الْمِيَازِبَ^(٢) إِلَى الدَّارِ. فَدَعَوْتُهُ لَهُ فَحَوَّلَهُ وَهَذَا لَا يَدُلُّ عَلَى التَّحْرِيمِ، لِأَنَّهُ لَوْ اعْتَقَدَهُ مُحَرَّمًا لَمْ يَفْعَلْهُ ابْتِدَاءً وَإِنَّمَا حَوَّلَهُ تَوَرُّعًا لِحُصُولِ الشُّبْهَةِ فِيهِ، وَفِي الْمُعْنِيِّ احْتِمَالٌ بِجَوَازِهِ مُطْلَقًا مَعَ انْتِفَاءِ الضَّرَرِ وَاخْتَارَهُ طَائِفَةٌ مِنَ الْمُتَأَخِّرِينَ. وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: إِخْرَاجُ الْمِيَازِبِ إِلَى الدَّرْبِ النَّافِذِ هُوَ السُّنَّةُ وَذَكَرَ حَدِيثَ الْعَبَّاسِ^(٣) فِي ذَلِكَ وَالْمَانِعُونَ يَقُولُونَ مِيَازِبُ الْعَبَّاسِ وَضَعَهُ النَّبِيُّ ﷺ يَدِهِ فَكَانَ أَبْلَغَ مِنْ إِذْنِهِ فِيهِ وَلَا كَلَامَ فِيمَا أَذِنَ فِيهِ الْإِمَامُ.

* * *

(١) الساباط: هي سقيفة بين حائطين تحتها طريق والجمع سوابيط، والسابطة: بالضم الكناسة. غتار الصحاح (١٢٠/١).

(٢) سمي بذلك لاحتياط الناس عليه، وقيل: لأنهم كانوا يحلقون عنده في الجاهلية، وهو تدفق وجريان الماء. النهاية في غريب الحديث (١/٣٢٤)، ولسان العرب (٦/٢٧٧).

(٣) هذا الحديث في تلخيص الحبير، حديث (١٧١١) (٤/٢٩)، وخلاصة البدر المنير ح (٢٢٧٨) (٢/٢٧٧).

القاعدة التاسعة والثمانون:

أَسْبَابُ الضَّمَانِ ثَلَاثَةٌ: عَقْدٌ، وَبَدٌّ، وَإِتْلَافٌ. أَمَّا عَقْدُ الضَّمَانِ فَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُهَا وَكَذَلِكَ سَبَقَ ذِكْرُ الْأَيْدِي الضَّامِنَةِ، وَأَمَّا الْإِتْلَافُ فَالْمُرَادُ بِهِ أَنْ يَبَاشِرَ الْإِتْلَافَ بِسَبَبٍ يَقْتَضِيهِ كَالْقَتْلِ وَالْإِحْرَاقِ أَوْ يَنْصِبُ سَبَبًا عُذْوَانًا فَيَحْصُلُ بِهِ الْإِتْلَافُ بِأَنْ يَحْفَرَ بَثْرًا فِي غَيْرِ مِلْكِهِ عُذْوَانًا أَوْ يُوجِّعَ نَارًا فِي يَوْمٍ رِيحٍ عَاصِفٍ فَيَتَعَدَّى إِلَى إِتْلَافِ مَالِ الْغَيْرِ أَوْ كَانَ الْمَاءُ مُحْتَسِبًا بِشَيْءٍ وَعَادَتُهُ الْإِنْطِلَاقُ فَيُزِيلُ احْتِسَابَهُ وَسَوَاءٌ كَانَ لَهُ اخْتِيَارٌ فِي انْطِلَاقِهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ فَدَخَلَ تَحْتَ ذَلِكَ مَا إِذَا حَلَّ وَكَأَنَّ زَقًّا مَائِعٍ فَانْدَقَ أَوْ فَتَحَ قَفْصًا عَنْ طَائِرٍ فَطَارَ أَوْ حَلَّ عَبْدًا أَبَقًا فَهَرَبَ هَذَا هُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِلٍ وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ، لِأَنَّهُ تَسَبَّبَ إِلَى الْإِتْلَافِ بِمَا يَقْتَضِيهِ عَادَةٌ وَاسْتَنْتَى ابْنُ عَقِيلٍ فِي قُتُونِهِ مَا كَانَ مِنَ الطُّيُورِ يَأْلَفُ الْبُرُوجَ وَيَعْتَادُ الْعُودَ، فَقَالَ: لَا ضَمَانَ فِي إِطْلَاقِهِ وَإِنْ لَمْ يَبْعُدْ، لِأَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِعُودِهِ فَلَيْسَ إِطْلَاقُهُ إِتْلَافًا، وَقَالَ: أَيْضًا فِي الْقُتُونِ الصَّحِيحِ التَّفَرُّقَةُ بَيْنَ مَا يُحَالُ الضَّمَانُ عَلَى فِعْلِهِ كَالْأَدَمِيِّ وَمَا لَا يُحَالُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ كَالْحَيَوَانَاتِ وَالْجِمَادَاتِ فَإِذَا حَلَّ قَيْدَ الْعَبْدِ لَمْ يَضْمَنْ، لِأَنَّ الْعَبْدَ لَهُ اخْتِيَارٌ وَيَصِحُّ إِحَالَةُ الضَّمَانِ عَلَيْهِ فَيَقْطَعُ مِبَاشَرَتَهُ لِلتَّلَفِ بِسَبَبٍ مُطْلَقِهِ، وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ إِلَّا مَا يَصِحُّ لَوْ كَانَ الْعَبْدُ مِنْ أَهْلِ الضَّمَانِ لِسَيِّدِهِ فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الضَّمَانِ لِلْسَيِّدِ تَعَيَّنَ إِحَالَةُ الضَّمَانِ عَلَى الْمُتَسَبِّبِ، وَلِهَذَا قَالَ الْأَصْحَابُ: إِنَّ جُنَايَةَ الْعَبْدِ الْمَغْضُوبِ عَلَى سَيِّدِهِ مَضْمُونَةٌ عَلَى الْغَاصِبِ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ الْعَبْدُ مِنْ أَهْلِ الضَّمَانِ لِلْسَيِّدِ فَأَحِيلَ عَلَى الْغَاصِبِ لِتَعَدِّيهِ بِوَضْعِ يَدِهِ عَلَيْهِ مَعَ أَنَّهُ لَيْسَ سَبَبًا لِلْجُنَايَةِ وَلَكِنْ خَرَجَ ابْنُ الزَّاغُونِي فِي الْإِقْنَاعِ وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَى الْغَاصِبِ، لِأَنَّ الْجُنَايَةَ مِنْ أَصْلِهَا غَيْرُ قَابِلَةٍ لِلتَّضْمِينِ لِتَعَلُّقِهَا بِالرَّقَبَةِ الْمَمْلُوكَةِ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ فَلَا يَلْزَمُ الْغَاصِبَ شَيْءٌ مِنْهَا وَلَا يَلْزَمُ مِثْلُهُ فِي مُطْلَقِ الْعَبْدِ، لِأَنَّهُ مُتَسَبِّبٌ إِلَى الْإِتْلَافِ فَإِذَا لَمْ يُمْكِنْ إِحَالَةُ الضَّمَانِ عَلَى الْمُبَاشِرِ أُحِيلَ عَلَى الْمُتَسَبِّبِ صِيَانَةً لِلْجُنَايَةِ عَلَى مَالِ الْمَغْضُومِ عَنِ الْإِهْدَارِ مَهْمَا أُمِكنَ، وَخَرَجَ الْأَمْدِيُّ وَجْهًا آخَرَ أَنَّ جُنَايَةَ الْعَبْدِ عَلَى سَيِّدِهِ مَضْمُونَةٌ عَلَيْهِ فِي ذِمَّتِهِ يَتَّبِعُ بِهَا بَعْدَ عِتْقِهِ.

وَهَاهُنَا فَرُعٌ مُتَرَدِّدٌ فِيهِ بَيْنَ ضَمَانِ الْيَدِ وَضَمَانِ الْإِتْلَافِ وَهُوَ مَا إِذَا حَفَرَ بَثْرًا عُذْوَانًا أَوْ نَصَبَ شَبَكَةً أَوْ مِنْجَلًا لِلصَّيْدِ ثُمَّ مَاتَ ثُمَّ وَقَعَ فِي الْبَثْرِ حَيَوَانٌ مَضْمُونٌ أَوْ عَثَرَ بِأَلَاتِ الصَّيْدِ حَيَوَانٌ مَضْمُونٌ فَإِنْ جَعَلْنَاهُ مِنْ بَابِ الْإِتْلَافِ ضَمِنَ مِنَ التَّرَكَةِ وَيِهِ صَرَحَ فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ فِي بَابِ الرَّهْنِ حَتَّى قَالَا: لَوْ يَبْعَثُ التَّرَكَةُ لَفُسَخَ فِي قَدْرِ الضَّمَانِ مِنْهَا

لِسَبْقِ سَيِّهِ وَلَوْ كَانَتْ التَّرَكَةُ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ الْوَرِثَةُ قَبْلَ الْوُقُوعِ ضَمِنُوا قِيمَةَ الْعَبْدِ كَالْمَرْهُونِ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي الْخِلَافِ وَإِنْ جَعَلْنَاهُ مِنْ ضَمَانِ الْيَدِ فَهَلْ يُجْعَلُ كَيْدُ الْمُشَاهَدَةِ بَعْدَ الْمَوْتِ أَوْ يُجْعَلُ الْيَدُ لِمَنْ انْتَقَلَ الْمَلِكُ إِلَيْهِ يُحْتَمَلُ عَلَى وَجْهَيْنِ أَصْلُهُمَا اخْتِلَافُ الْأَصْحَابِ فِيمَا لَوْ نَصَبَ شَبَكَةً فَوَقَعَ فِيهَا صَيْدٌ بَعْدَ مَوْتِهِ هَلْ هُوَ تَرَكَةُ مَوْرُوثَةٍ جَعَلَهَا كَيْدِهِ الْمُشَاهَدَةِ أَوْ هُوَ مَلِكٌ لِلْوَرِثَةِ، لِأَنَّهَا صَارَتْ كَأَيْدِيهِمْ؟ وَالَّذِي صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ أَنَّهُ تَرَكَةُ مَوْرُوثَةٍ.

وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الْإِنْتِصَارِ: بَلْ هُوَ مَلِكٌ لِلْوَرِثَةِ بِانْتِقَالِ مَلِكِ الشَّبَكَةِ إِلَيْهِ كَمَا يَتَوَلَّدُ مِنَ النَّتَاجِ الْمَوْرُوثِ وَيُثْمَرُ مِنَ الشَّجَرِ وَأَمَّا فِي الْعُدْوَانِ الْمُجَرَّدِ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَنْقَطَعَ حُكْمُهُ بِمَوْتِهِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ضَمَانُهُ مِنْ تَرَكَةِ الْمُتَعَدِّي لِانْتِقَادِ سَيِّهِ فِي حَيَاتِهِ، وَيُشَبِّهُ ذَلِكَ الْخِلَافَ فِيمَنْ مَالَ حَائِطُهُ فَطُولِبَ بِنَقْضِهِ فَبَاعَهُ ثُمَّ سَقَطَ هَلْ يَسْقُطُ عَنْهُ الضَّمَانُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ سَبَقَ ذِكْرُهُمَا، وَهَلْ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى مَنْ انْتَقَلَ الْمَلِكُ إِلَيْهِ إِذَا اسْتَدَامَهُ أَمْ لَا؟ الْأَظْهَرُ وَجُوبُهُ عَلَيْهِ كَمَنْ اشْتَرَى حَائِطًا مَائِلًا فَإِنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ الْبَائِعِ فِيهِ فَإِذَا طُولِبَ بِإِزَالَتِهِ فَلَمْ يَفْعَلْ ضَمِنَ عَلَى رَوَايَةٍ.

وَلَوْ حَفَرَ عَبْدُهُ بَثْرًا عُدْوَانًا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ثُمَّ أَعْتَقَهُ ثُمَّ تَلَفَ بِهَا مَالٌ أَوْ غَيْرُهُ فَبَيَّ الْمَغْنِيِّ الضَّمَانُ عَلَى الْعَبْدِ لِاسْتِقْلَالِهِ بِالْجَنَائَةِ وَفِي التَّلْخِصِ هُوَ عَلَى السَّيِّدِ بِقَدْرِ قِيمَةِ الْعَبْدِ فَمَا دُونَ لَثْبُوتِهِ عَلَيْهِ قَبْلَ الْعِنَقِ بِذَلِكَ فَقَدْ وَجَدَ السَّبَبُ فِي مِلْكِهِ فَلَا يَنْتَقِلُ وَهُوَ بَعِيدٌ.

تَنْبِيْهُ: لَوْ أَتَلَفَ الْغَاصِبُ الْمَغْضُوبَ ضَمِنَهُ ضَمَانُ^(١) الْإِثْلَافِ وَيَدُ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّ مَنْ أَمْسَكَ صَيْدًا فِي الْحَرَمِ ثُمَّ كَفَّرَ عَنْهُ ثُمَّ ذَبَحَهُ أَنَّهُ يُجْزِيهِ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ جَعَلَهُ ضَمَانًا يَدُ وَلَا لَمَّا جَازَ تَقْدِيمُ كَفَّارَةِ الْإِثْلَافِ عَلَيْهِ وَيَدُلُّ أَيْضًا عَلَى جَوَازِ تَقْدِيمِ الْكَفَّارَةِ وَإِنْ كَانَ مُوجِبَهَا مَعْصِيَةً وَفِيهِ وَجْهٌ بِالْمَنْعِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي تَعْلِيْقِهِ، لِأَنَّ التَّقْدِيمَ رَخْصَةً فَلَا تُسْتَبَاحُ بِمُحَرَّمٍ.

* * *

القاعدة التسعون:

الْأَيْدِي الْمُسْتَوَلِيَّةُ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ثَلَاثَةٌ يَدُ يُمَكِّنُ أَنْ يَثْبُتَ بِاسْتِثْلَائِهَا الْمَلِكُ

(١) وذلك قبل أن يرده إلى صاحبه فيجب عليه مثله لقوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا﴾، البحر الرائق (٨/١٢٥).

فَيَنْتَفِي الضَّمَانُ عَمَّا يَسْتَوْلِي عَلَيْهِ سِوَاهُ حَصَلَ الْمَلِكُ بِهِ أَوْ لَمْ يَحْصُلْ وَيَدُّ لَا يَثْبُتُ لَهَا الْمَلِكُ وَيَنْتَفِي عَنْهَا الضَّمَانُ وَيَدُّ لَا يَثْبُتُ لَهَا الْمَلِكُ وَيَثْبُتُ عَلَيْهَا الضَّمَانُ. أَمَّا الْأُولَى فَيَدْخُلُ فِيهَا صَوْرٌ:

مِنْهَا: اسْتِيلَاءُ الْمُسْلِمِينَ عَلَى أَمْوَالِ أَهْلِ الْحَرْبِ^(١).

وَمِنْهَا: اسْتِيلَاءُ أَهْلِ الْحَرْبِ عَلَى أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ، لِأَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ عَلَيْنَا بِالِاسْتِيلَاءِ وَهُوَ الْمَشْهُورُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ وَيَنْتَفِي الضَّمَانُ عَنْهُمْ فِيمَا لَمْ يَمْلِكُوهُ أَيْضًا مِمَّا ثَبَّتُ عَلَيْهِ الْأَيْدِي كَأَمِّ الْوَلَدِ وَمَا لَمْ يَحْزَوْهُ إِلَى دَارِهِمْ وَمَا شَرَدَ إِلَيْهِمْ مِنْ دَوَابِّ الْمُسْلِمِينَ وَأَرْقَائِهِمْ عَلَى قَوْلِنَا أَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَ ذَلِكَ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: اسْتِيلَاءُ الْأَبِّ عَلَى مَالِ الْإِبْنِ، فَإِنْ كَانَ اسْتِيلَاءُ يَحْصُلُ بِهِ الْمَلِكُ فَلَا إِشْكَالَ فِي انْتِفَاءِ الضَّمَانِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ وَجْهِهِ وَجْهُ التَّمَلُّكِ فَلَا يَثْبُتُ بِهِ الضَّمَانُ وَلَوْ أَتْلَفَهُ عَلَى أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ. وَأَمَّا الْيَدُ الثَّانِيَّةُ فَيَدْخُلُ فِيهَا صَوْرٌ:

مِنْهَا: مَنْ لَهُ وَلَايَةٌ شَرْعِيَّةٌ بِالْقَبْضِ.

وَمِنْهَا: مَنْ قَبِضَ الْمَالَ لِحِفْظِهِ عَلَى الْمَالِكِ، فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُهُ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِيمَنْ أَخَذَ أَيْقًا لِيَرُدَّهُ إِلَى سَيِّدِهِ فَهَرَبَ مِنْهُ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لَكِنْ أَخَذَ الْآيِقَ فِيهِ إِذْنٌ شَرْعِيٌّ وَفِي التَّلْخِصِ وَجْهُ آخَرٌ بِالضَّمَانِ فِي الْمُسْتَقْدَمِ مِنَ الْغَاصِبِ لِلرَّدِّ لِعَدَمِ الْوَلَايَةِ وَهُوَ ضَعِيفٌ وَلَوْ كَانَ الْقَابِضُ حَاكِمًا فَهُوَ أَوْلَى بِنَفْيِ الضَّمَانِ لِعُمُومِ وَلَايَتِهِ وَفِي التَّلْخِصِ فِيمَا إِذَا حَمَلَ الْمَغْضُوبُ إِلَيْهِ لِيُدْفَعَهُ إِلَى مَالِكِهِ فَهَلْ يَلْزَمُ قَبُولُهُ عَلَى وَجْهَيْنِ وَصَحَّحَ اللَّزُومُ وَهُوَ تَفْرِيقُ بَيْنَ الْحَاكِمِ وَغَيْرِهِ وَفِي الْمُجَرَّدِ وَالْقُصُولِ وَالْمُعْنِي لَيْسَ لِلْحَاكِمِ انْتِزَاعُ مَالِ الْغَائِبِ وَالْمَغْضُوبِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ وَلَايَةٌ عَلَيْهِ بِوَجْهِ مَا مِثْلُ أَنْ يَجِدَهُ فِي تَرْكَةِ مَيْتٍ وَوَارِثُهُ غَائِبٌ فَلَهُ الْإِخْذُ، لِأَنَّ لَهُ وَلَايَةً عَلَى تَرْكَةِ الْمَيْتِ بِتَنْفِيزِ وَصَايَاهُ وَقَضَاءِ دَيُْونِهِ أَوْ يَجِدُهَا فِي يَدِ السَّارِقِ فَيَقْطَعُهَا وَتَنْزَعُ مِنْهُ الْعَيْنُ تَبَعًا لَوْلَايَةِ الْقَطْعِ، وَالْمَسْأَلَةُ مَذْكُورَةٌ فِي مَسْأَلَةِ وَجُوبِ الْقِصَاصِ لِلْغَائِبِ وَمَسْأَلَةُ قَطْعِ السَّارِقِ لِمَالِ الْغَائِبِ.

وَمِنْهَا: الطَّائِفَةُ الْمُتَمَتِّعَةُ عَنْ حُكْمِ الْإِمَامِ كَالْبُعَاةِ، لَا يَضْمَنُ الْإِمَامُ وَطَائِفَتَهُ وَمَا أَتْلَفُوهُ عَلَيْهِمْ حَالِ الْحَرْبِ وَفِي تَضْمِينِهِمْ مَا أَتْلَفُوهُ عَلَى الْإِمَامِ فِي تِلْكَ الْحَالِ رَوَاتَانِ أَصَحُّهُمَا نَفْيُ الضَّمَانِ إلْحَاقًا لَهُمْ بِأَهْلِ الْحَرْبِ. وَأَمَّا أَهْلُ الرَّدَّةِ إِذَا لَحِقُوا بِدَارِ الْحَرْبِ أَوْ اجْتَمَعُوا

(١) هذه الأموال إن أخذت بقتال فهي للغنائم، وإلا فهي أرض للفى. روضة الطالبين (٥/٢٧٩).

بِدَارِ مُتَفَرِّدِينَ وَلَهُمْ مَنَعَةٌ فِي تَضْمِينِهِمْ رَوَيْتَانِ وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ عَدَمَ التَّضْمِينِ إِنْ حَاقَا لَهُمْ بِأَهْلِ دَارِ الْحَرْبِ، وَأَمَّا الْيَدُ الثَّلَاثَةُ فَهِيَ الْيَدُ الْعَارِيَّةُ الَّتِي يَتَرَكَّبُ عَلَيْهَا الضَّمَانُ.

* * *

القاعدةُ الحاديةُ والتسعونُ:

يُضْمَنُ بِالْعَقْدِ وَيَالِيدِ الْأَمْوَالِ الْمَحْضَةُ الْمَنْقُولَةُ إِذَا وُجِدَ فِيهَا النَّقْلُ. فَأَمَّا غَيْرُ الْمَنْقُولِ فَالْمَشْهُورُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ يَضْمَنُ بِالْعَقْدِ وَيَالِيدٍ أَيْضًا كَمَا يَضْمَنُ فِي عَقُودِ التَّمْلِيكَاتِ بِالِاتِّفَاقِ وَنَقَلَ ابْنُ مَنصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ الْعَقَارَ لَا يَضْمَنُ بِمَجْرَدِ الْيَدِ فِي الْغَضَبِ مِنْ غَيْرِ إِتْلَافٍ. وَكَذَلِكَ قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ الْعَكْبَرِيُّ فِي الْعَارِيَّةِ فِيمَا قَرَأْتُهُ بِخَطِّ الْقَاضِي: وَأَمَّا الْمَنْقُولُ فَإِنْ حَصَلَ نَقْلُهُ تَرَكَّبَ عَلَيْهِ ضَمَانُ الْيَدِ وَالْعَقْدِ وَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ النَّقْلُ فَهَلْ يَضْمَنُ بِالْعَقْدِ فِيهِ كَلَامٌ سَبَقَ فِي أَحْكَامِ الْقَبُوضِ، وَأَمَّا الْيَدُ الْمُجْرَدَةُ فَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: لَا يَتَوَقَّفُ الضَّمَانُ بِهَا عَلَى النَّقْلِ أَيْضًا كَالْعَقْدِ وَكَمَا يَصِيرُ الْمُوَدَّعُ ضَامِنًا بِمَجْرَدِ جُحُودِ الْوَدِيعَةِ مِنْ غَيْرِ نَقْلِ وَلَا إِزَالَةٍ يَدٍ. وَرَكَّبَ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ بَاعَ الْغَاصِبُ الْعَيْنَ الْمَغْصُوبَةَ وَخَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي فَتَلَفَتْ قَبْلَ النَّقْلِ ثُمَّ جَاءَ الْمَالِكُ، أَنَّ لَهُ أَنْ يَضْمَنَ الْمُشْتَرِي، قَالَ: وَإِنْ سَلَّمْنَاهُ تَعَيَّنَ مَنَعُ تَضْمِينِهِ فَلَا أَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ كَمَالُ الْاِسْتِيلَاءِ وَهُوَ النَّقْلُ فِيمَا يُمْكِنُ نَقْلُهُ وَإِنَّمَا تَرَدَّدَ فِي هَذَا، لِأَنَّهُ فَرُعٌ مُتَرَدَّدٌ بَيْنَ الضَّمَانِ بِالْعَقْدِ وَيَالِيدٍ وَفِي التَّلْخِيصِ إِثْبَاتُ الْيَدِ [وَجَزَمَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي نَظَرِيَّاتِهِ بِأَنَّ الْمُشْتَرِي هَاهُنَا لَا يَضْمَنُهُ ضَمَانُ غَضَبٍ وَإِنْ كَانَ يَضْمَنُهُ فِي الْبَيْعِ الصَّحِيحِ ضَمَانُ عَقْدٍ بِمَجْرَدِ التَّخْلِيَةِ وَقَاسَهُ عَلَى الْعَقَارِ فَإِنَّ الْبَائِعَ إِذَا خَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي خَارَ مِنْ ضَمَانِهِ بِالْعَقْدِ، وَلَوْ ظَهَرَ لَهُ مُسْتَحَقٌّ لَمْ يَضْمَنَّهُ بِذَلِكَ ضَمَانُ غَضَبٍ فِيمَا يَقْبَلُ النَّقْلَ] إِلَّا فِي الدَّابَّةِ فَإِنَّ رُكُوبَهَا كَافٍ وَكَذَلِكَ الْجُلُوسُ عَلَى الْفُرْشِ، لِأَنَّهُ غَايَةُ الْاِسْتِيلَاءِ وَصَرَّحَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِمِثْلِ ذَلِكَ فِي الدَّابَّةِ.

وَأَمَّا غَيْرُ الْأَمْوَالِ الْمَحْضَةِ فَتَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: مَا فِيهِ شَائِبَةُ الْحُرِّيَّةِ لِثُبُوتِ بَعْضِ أَحْكَامِهَا دُونَ حَقِيقَتِهَا كَأَمُّ الْوَلَدِ وَالْمَكَاتِبِ وَالْمُدَبَّرِ فَيُضْمَنُ بِالْيَدِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ وَكَذَلِكَ يَضْمَنُ بِالْعَقْدِ الْفَاسِدُ فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ قَالَهُ أَبُو الْبَرَكَاتِ فِي تَعْلِيْقِهِ عَلَى الْهِدَايَةِ.

وَالثَّانِي: الْحُرُّ الْمَحْضُ هَلْ تَثْبُتُ عَلَيْهِ الْيَدُ فَيَتَرَكَّبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ أَمْ لَا؟ الْمَعْرُوفُ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْحُرَّ لَا تَثْبُتُ عَلَيْهِ الْيَدُ فَلَا يَضْمَنُ بِهَا بِحَالٍ وَلَوْ كَانَ تَائِعًا لِمَنْ تَثْبُتُ عَلَيْهِ الْيَدُ

كَمَنْ غَضِبَ أُمَّةً حَامِلًا بِحُرِّ ذَكَرِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِمَا يُشْعِرُ أَنَّهُ مَحِلٌّ وَفَاقِ حَكْيِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَيْضًا وَتَابَعَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَى الْحُرِّ الصَّغِيرِ وَضَمَانَهُ بِالتَّلَفِ تَحْتَهَا رَوَايَتَيْنِ مَنْصُوصَتَيْنِ لِشَبْهِهِ بِالْعَبْدِ حَيْثُ يَتِمَكَّنُ مِنْ دَعْوَى نَسَبِهِ مَعَ جِهَاتِهِ وَدَعْوَى رَقِّهِ. وَقَالَ الْقَاضِي فِي مَوَاضِعَ مُتَعَدِّدَةٍ مِنْ خِلَافِهِ: تَثْبُتُ الْيَدُ عَلَى الْحُرِّ الْكَبِيرِ بِالْعَقْدِ دُونَ الْيَدِ وَبَنَى عَلَى ذَلِكَ أَنَّ الْأَجِيرَ الْخَاصَّ إِذَا أَسْلَمَ نَفْسَهُ إِلَى مُسْتَأْجِرِهِ فَلَمْ يَسْتَعْمِلْهُ اسْتَقَرَّتْ لَهُ الْأَجْرَةُ لِتَلَفِ مَنْفَعِهِ تَحْتَ يَدِهِ. وَكَذَلِكَ يَجِبُ الْمَهْرُ بِالْخُلُوةِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ عِنْدَنَا لِدُخُولِ الْمَنْفَعَةِ تَحْتَ الْيَدِ بِالتَّمَكُّنِ مِنَ الْاسْتِيفَاءِ وَكَذَلِكَ لَوْ تَدَاعَى اثْنَانِ زَوْجِيَّةً امْرَأَةً وَأَقَامَا السِّنَةَ وَهِيَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا فَهِيَ لَهُ تَرْجِيحًا بِالْيَدِ كَذَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَإِنَّمَا يَتَوَجَّهُ عَلَى قَوْلِنَا بِتَقْدُمِ بَيِّنَةِ الدَّخْلِ، وَحَكْيِ صَاحِبِ التَّلْخِيصِ وَجْهًا بِثُبُوتِ الْيَدِ عَلَى مَنْفَعِ الْحُرِّ دُونَ ذَاتِهِ وَرَتَّبَ عَلَيْهِ صِحَّةَ إِجَارَةِ الْمُسْتَأْجِرِ لِلْأَجِيرِ الْخَاصِّ وَجَزَمَ الْأَزْجِيَّ فِي النِّهَايَةِ بِصِحَّتِهِ وَبَنَى عَلَيْهِ جَوَازَ صِحَّةِ إِجَارَةِ الْكَافِرِ لِلْمُسْلِمِ الْمُسْتَأْجِرِ مَعَهُ وَذَكَرَ احْتِمَالَيْنِ، وَبَنَى صَاحِبُ التَّلْخِيصِ أَيْضًا عَلَى ذَلِكَ غَضَبَ الْحُرِّ وَحَبْسَهُ عَنِ الْعَمَلِ فَإِنَّ فِي ضَمَانِ أَجْرَتِهِ وَجْهَيْنِ.

تَنْبِيْهُ: مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ مَنَفْعَةُ الْبُضْعِ لَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْيَدِ وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي تَذَكُّرَتِهِ وَغَيْرُهُمَا، وَفَرَعُوا عَلَيْهِ صِحَّةَ تَزْوِيجِ الْأُمَةِ الْمَغْصُوبَةِ وَإِنَّ الْغَاصِبَ لَا يَضْمَنُ مَهْرَهَا وَلَوْ حَبَسَهَا عَنِ النِّكَاحِ حَتَّى فَاتَ بِالْكَبَرِ. وَخَالَفَ ابْنُ الْمُنَى وَجَزَمَ فِي تَعْلِيْقِهِ بِضَمَانِ مَهْرِ الْأُمَةِ بِتَقْوِيَتِ النِّكَاحِ وَذَكَرَ فِي الْحُرَّةِ تَرَدُّدًا لَامْتِنَاعِ ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَيْهَا وَقَدْ يَتَفَرَّغُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ الْأُمَةَ الْمَوْطُوءَةَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَالِكِ لَوْ حَمَلَتْ ثُمَّ تَلَفَتْ بِالْوِلَادَةِ ضَمِنَهَا الْوَاطِئُ بِخِلَافِ الْحُرَّةِ إِذَا زَنَى بِهَا كُرْهًا فَحَمَلَتْ ثُمَّ مَاتَتْ مِنَ الطَّلُقِ قَالَ فِي التَّلْخِيصِ: لِأَنَّ الْاسْتِيفَاءَ كَانَهُ إِثْبَاتُ يَدٍ وَهَلَاكُ تَحْتَ الْيَدِ الْمُسْتَوْكِيَّةِ عَلَى الرَّحِمِ وَالْحُرَّةِ لَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْيَدِ وَمُجَرَّدُ السَّبَبِ ضَعِيفٌ وَفِي الْمُغْنِيِّ يَضْمَنُهَا مُطْلَقًا لِحُصُولِ التَّسَبُّبِ فِي التَّلَفِ.

* * *

القاعدة الثانية والتسعون:

هَلْ تَثْبُتُ يَدُ الضَّمَانِ مَعَ ثُبُوتِ يَدِ الْمَالِكِ أَمْ لَا؟ فِي الْمَسْأَلَةِ خِلَافٌ وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ الْحَكَمِ فِيمَنْ أَسْرَهُ أَهْلُ الْحَرْبِ وَمَعَهُ جَارِيَةٌ: أَنَّهَا مِلْكُهُ مَعَ أَنَّ مَذْهَبَهُ الْمَشْهُورَ عَنْهُ أَنَّ الْكُفَّارَ يَمْلِكُونَ أَمْوَالَ الْمُسْلِمِينَ بِالْإِسْتِيفَاءِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ إِنْ زَالَ انْتِفَاعُ الْمَالِكِ وَسُلْطَانُهُ

ثَبَّتَ الضَّمَانُ وَلَا فَلَا، وَيَتَفَرَّغُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ غَضِبَ دَابَّةٌ عَلَيْهَا مَالُهَا وَمَتَاعُهُ فِي الْخِلَافِ الْكَبِيرِ لَا يَضْمَنُ، وَكَذَلِكَ قَالَ الْأَصْحَابُ: لَوْ اسْتَوْلَى عَلَى حُرٍّ كَبِيرٍ لَمْ يَضْمَنْ ثِيَابَهُ، لِأَنَّهَا فِي يَدِ الْمَالِكِ وَلَوْ كَانَ الْحُرُّ صَغِيرًا. وَقُلْنَا: لَا تَثْبُتُ الْيَدُ عَلَيْهِ فِي ثِيَابِهِ وَجِهَانِ نَظَرًا إِلَى [أَنَّ] يَدَهُ لَا قُوَّةَ لَهَا عَلَى الْمَنْعِ وَهَذَا يَشْهَدُ لاعتبار بقاء الامتناع في انتفاء الضمان.

وَمِنْهَا: لَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إِلَى مَسَافَةٍ فَزَادَ عَلَيْهَا أَوْ لِحْمَلٍ شَيْءٌ فَزَادَ عَلَيْهِ وَهِيَ فِي يَدِ الْمُؤْجَرِ فَتَلَفَتْ، قَالَ فِي الْمُجَرَّدِ: يَضْمَنُ لِتَعْدِيهِ بِالزِّيَادَةِ، وَسُكُوتُ الْمَالِكِ لَا يَمْنَعُ الضَّمَانَ كَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَهُ وَهُوَ لَا يَمْنَعُ. وَفِي التَّلْخِيصِ لَا يَضْمَنُ إِذَا تَلَفَتْ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى ^(١)، وَإِنْ تَلَفَتْ بِالْحِمْلِ فِي تَكْمِيلِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ وَتَنْصِيفِهِ وَجِهَانِ، وَيَتَوَجَّهُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ قَادِرًا عَلَى الْامْتِنَاعِ أَوْ لَا يَكُونَ كَذَلِكَ فَيَجِبُ الضَّمَانُ مَعَ عَدَمِ الْقُدْرَةِ كَمَنْ غَضِبَ دَابَّةً وَآكَرَهُ الْمَالِكُ عَلَى أَنْ يَحْمِلَ لَهُ عَلَيْهَا مَتَاعَهُ فَإِنَّ هَذَا زِيَادَةٌ عُدْوَانٍ فَلَا يَسْقُطُ بِهِ الضَّمَانُ.

وَمِنْهَا: الْأَجِيرُ الْمُشْتَرِكُ إِذَا جَنَّتْ يَدُهُ عَلَى الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ عَلَى الْعَمَلِ فِيهَا وَيَدُ صَاحِبِهَا ثَابِتَةً عَلَيْهَا فَلَا ضَمَانَ قَالَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ، قَالَ: لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَكْثَرَ مِنَ الْغَاصِبِ وَالْغَاصِبُ لَا يَضْمَنُ مَا دَامَ يَدُ صَاحِبِهِ ثَابِتَةً عَلَيْهِ انْتَهَى. وَمُرَادُهُ ثُبُوتُ يَدِ صَاحِبِهِ ثُبُوتُ سُلْطَنِهِ وَتَصَرُّفِهِ وَلِهَذَا لَوْ أَعَادَ الْغَاصِبُ الْمَغْضُوبَ إِلَى يَدِ الْمَالِكِ عَلَى وَجْهِ لَا يَعُودُ تَصَرُّفُهُ إِلَيْهِ، مِثْلُ إِنْ رَهَنَهُ عَبْدُهُ أَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِلْعَمَلِ فِيهِ لَمْ يَبْرَأْ بِذَلِكَ عَلَى الصَّحِيحِ إِلَّا أَنْ لَا يَعْلَمَ أَنَّهُ مُلْكُهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ دَخَلَ دَارَ إِنْسَانٍ بَغَيْرِ إِذْنِهِ أَوْ جَلَسَ عَلَى بِسَاطِهِ بَغَيْرِ إِذْنِهِ وَالْمَالِكُ جَالِسٌ فِي الدَّارِ أَوْ عَلَى الْبِسَاطِ فِي الْخِلَافِ الْكَبِيرِ لَا ضَمَانَ وَعَلَّلَ بِانْتِفَاءِ الْحَيْلُولَةِ وَرَفْعِ الْيَدِ. وَكَذَلِكَ قَالَ فِيمَنْ رَكِبَ دَابَّةً غَيْرَهُ إِنْ حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا وَرَفَعَ يَدَهُ عَنْهَا ضَمَنَ وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى اشْتِرَاطِ الْحَيْلُولَةِ وَالْقَهْرِ لِلضَّمَانِ وَفِي التَّلْخِيصِ لَوْ دَخَلَ دَارَ الْمَالِكِ وَهُوَ فِيهَا قَاصِدٌ لِلغَضَبِ فَهُوَ غَاصِبٌ لِلنَّصَفِ لِاجْتِمَاعِ يَدَيْهِمَا وَاسْتِثْلَاثِهِمَا بِشَرْطِ قُوَّةِ الدَّاخلِ وَتَمَكُّنِهِ مِنَ الْقَهْرِ وَإِنْ كَانَ الْمَالِكُ غَائِبًا فَالدُّخُولُ غَضَبٌ بِكُلِّ حَالٍ لِحُصُولِ الْاسْتِثْلَاءِ بِهِ وَذَكَرَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا فِي خِلَافِهِ أَنَّ الْجَالِسَ عَلَى بِسَاطٍ غَيْرِهِ بَغَيْرِ إِذْنِهِ يَكُونُ ضَامِنًا لِمَا جَلَسَ عَلَيْهِ مِنْهُ وَالْدَّاخلُ إِنْ دَخَلَ بِنِيَّةِ الْغَضَبِ صَارَ غَاصِبًا.

(١) أي: بأفة طبيعية (فعل سماوي).

وَمِنْهَا: لَوْ أَرَدَفَ الْمَالِكُ خَلْفَهُ عَلَى الدَّابَّةِ فَتَلَفَتْ فَهَلْ يَضْمَنُ الرَّدِيفُ نِصْفَ الْقِيَمَةِ لِكَوْنِهِ مُسْتَعِيرًا أَمْ لَا لِثُبُوتِ يَدِ الْمَالِكِ عَلَيْهَا ذَكَرَ فِي التَّلْخِصِ احْتِمَالَيْنِ وَصَحَّحَ لِلثَّانِي.

تَنْبِيْهُ: لَوْ كَانَتْ الْعَيْنُ مِلْكًا لَاتَيْنِ فَرَفَعَ الْغَاصِبُ يَدَ أَحَدِهِمَا وَوَضَعَ يَدَهُ مَوْضِعَ يَدِهِ وَأَقَرَّ الْآخَرَ عَلَى حَالِهِ فَهَلْ يَكُونُ غَاصِبًا لِنَصِيبِ رَفْعِ يَدِهِ خَاصَّةً أَمْ هُوَ غَاصِبٌ لِنِصْفِ الْعَيْنِ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ مُشَاعًا، قَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ: هُوَ غَاصِبٌ لِنِصْفٍ مِّنْ رَفْعِ يَدِهِ فَقَطْ وَرَجَّحَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ مُسْتَدِلًّا بِأَنَّ الْأَعْمَالَ بِالنِّيَّاتِ، فَعَلَى، هَذَا لَوْ اسْتَعْمَلَ الْغَاصِبُ وَالشَّرِيكُ الْمِلْكَ وَانْتَفَعَا بِهِ لَمْ يَلْزَمْ هَذَا الشَّرِيكَ لِشَرِيكِهِ الْمُخْرَجِ شَيْءٌ فَلَوْ بَاعَا الْعَيْنَ صَحَّ فِي نَصِيبِ الشَّرِيكَ الْبَائِعِ كُلَّهُ وَيُطْلَقُ فِي النِّصْفِ الَّذِي بَاعَهُ الْغَاصِبُ وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ يَدُلُّ عَلَى خِلَافِهِ، لِأَنَّهُ نَصٌّ فِي رَوَايَةٍ حَرَبٍ عَلَى أَنَّ مَنْ غَصَبَ مِنْ قَوْمٍ ضِيعَةً ثُمَّ رَدَّ إِلَى أَحَدِهِمْ نَصِيبَهُ مُشَاعًا لَمْ يَطْبُحْ لِلْمَرْدُودِ عَلَيْهِ الْإِنْفِرَادُ بِمَا رَدَّ عَلَيْهِ وَهُوَ يُشْبِهُ أَصْلَهُ الْمَنْصُوصُ عَنْهُ فِي مَنَعِ إِجَارَةِ الْمُشَاعِ مِنْ غَيْرِ الشَّرِيكَ لِتَعَدُّرِ تَسْلِيمِهِ بِإِنْفِرَادِهِ فَعَلَى هَذَا لَيْسَ لِلشَّرِيكَ الَّذِي لَمْ يَرْفَعْ يَدَهُ التَّصَرُّفُ إِلَّا فِي الرُّبْعِ خَاصَّةً وَالرُّبْعِ الْآخَرَ حَقٌّ لِشَرِيكِهِ الْمَغْصُوبِ مِنْهُ وَلَمْ يَجْتَمِعْ هَهُنَا يَدُ الْغَاصِبِ مَعَ يَدِ الْمَالِكِ فِي شَيْءٍ.

* * *

القاعدة الثالثة والتسعون:

مَنْ قَبِضَ مَغْصُوبًا مِنْ غَاصِبِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ مَغْصُوبٌ فَالْمَشْهُورُ عَنِ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْغَاصِبِ فِي جَوَازِ تَضْمِينِهِ مَا كَانَ الْغَاصِبُ يَضْمِنُهُ مِنْ عَيْنٍ وَمَنْفَعَةٍ ثُمَّ إِنْ كَانَ الْقَاضِصُ قَدْ دَخَلَ عَلَى ضَمَانِ عَيْنٍ أَوْ مَنْفَعَةٍ اسْتَقَرَّ ضَمَانُهَا عَلَيْهِ وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْغَاصِبِ وَإِنْ ضَمِنَهُ الْمَالِكُ مَا لَمْ يَدْخُلْ عَلَى ضَمَانِهِ وَلَمْ يَكُنْ، حَصَلَ لَهُ بِمَا ضَمِنَهُ نَفْعٌ رَجَعَ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ وَإِنْ كَانَ حَصَلَ لَهُ بِهِ نَفْعٌ فَهَلْ يَسْتَقَرُّ ضَمَانُهُ عَلَيْهِ أَمْ يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ عَلَى رَوَايَتَيْنِ هَذَا مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ وَفِي بَعْضِهِ خِلَافٌ تُشِيرُ إِلَيْهِ فِي مَوْضِعِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَهَذِهِ الْأَيْدِي الْقَاضِصَةُ مِنَ الْغَاصِبِ مَعَ عَدَمِ الْعِلْمِ بِالْحَالِ عَشْرَةٌ:

الْأُولَى: الْغَاصِبَةُ يَتَعَلَّقُ بِهَا الضَّمَانُ كَأَصْلِهَا وَيَسْتَقَرُّ عَلَيْهَا مَعَ التَّلَفِ نَحْتَهَا وَلَا يُطَالَبُ بِمَا زَادَ عَلَى مُدَّتِهَا.

وَالثَّانِيَةُ: الْآخِذَةُ لِمَصْلَحَةِ الدَّافِعِ كَالِاسْتِيدَاعِ وَالْوَكَالَةِ بِغَيْرِ جُعْلٍ فَالْمَشْهُورُ أَنَّ لِلْمَالِكِ تَضْمِينَهَا ثُمَّ يَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ عَلَى الْغَاصِبِ لِتَغْرِيرِهِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ بِاسْتِقْرَارِ الضَّمَانِ عَلَيْهَا

لِتَلَفِ الْمَالِ تَحْتَهَا مِنْ غَيْرِ إِذَنْ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ فِي بَابِ الْمُضَارَبَةِ وَسَيَأْتِي
أَصْلُهُ وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَضْمِينُهَا بِحَالٍ مِنَ الْوَجْهِ الْمَحْكِيِّ كَذَلِكَ فِي
الْمُرْتَهَنِ وَنَحْوِهِ وَأَوَّلَى، وَخَرَجَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ مِنْ مُودِعِ الْمُودِعِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ لَهُ
الْإِيدَاعُ فَإِنَّ الضَّمَانَ عَلَى الْأَوَّلِ وَحْدَهُ كَذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي
الْفُصُولِ وَذَكَرَ أَنَّهُ ظَاهِرٌ كَلَامُ أَحْمَدَ وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ مَنَعَ ظُهُورَهُ وَعَلَى تَقْدِيرٍ أَنَّهُ كَذَلِكَ
فَرَقُوا بَيْنَ مُودِعِ الْمُودِعِ وَمُودِعِ الْغَاصِبِ فَإِنَّ الْمُوجِبَ لِلضَّمَانِ فِي الْأَوَّلِ الْقَبْضُ وَهُوَ
سَبَبٌ وَاحِدٌ فَلَا يَجِبُ بِهِ الضَّمَانُ مِنْ جِهَتَيْنِ بِخِلَافِ مُودِعِ الْغَاصِبِ فَإِنَّ قَبْضَهُ صَالِحٌ
لِتَضْمِينِهِ حَيْثُ كَانَ الضَّمَانُ مُسْتَقَرًّا عَلَى الْغَاصِبِ قَبْلَهُ وَإِنَّ الضَّمَانَ يَتَرْتَّبُ عَلَى الْقَبْضِ
فَهُوَ مُتَأَخِّرٌ عَنْهُ وَالْقَبْضُ مِنْ يَدِ أَمِينِهِ وَلَا عُدْوَانَ فِيهِ لِعَدَمِ الْعِلْمِ فَاخْتَصَّ الضَّمَانُ بِالْمُتَعَدِّي
بِخِلَافِ مُودِعِ الْغَاصِبِ لِقَبْضِهِ مِنْ يَدِ ضَامِنِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَأَعْلَمَ أَنَّ مَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ فِي
الْوَكَالَةِ وَالرَّهْنِ أَنَّ الْوَكِيلَ وَالْأَمِينَ فِي الرَّهْنِ إِذَا بَاعَا وَقَبَضَا الثَّمَنَ ثُمَّ بَانَ الْمَيْعُ مُسْتَحَقًّا لَمْ
يَلْزَمَهُمَا شَيْءٌ، لَا تَنَاقُضُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ كَمَا يَتَوَهَّمُ مِنْ قَصْرِ فَهْمِهِ، لِأَنَّ مُرَادَ الْأَصْحَابِ
بِقَوْلِهِمْ لَمْ يَلْزَمِ الْوَكِيلَ شَيْءٌ أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ الَّذِي أَقْبَضَهُ إِيَّاهُ، لِأَنَّ حَقُوقَ
الْعَقْدِ يَتَعَلَّقُ بِالْمُوكَّلِ دُونَ الْوَكِيلِ. أَمَّا أَنَّ الْوَكِيلَ لَا يُطَالَبُ الْمُسْتَحَقُّ لِلْعَيْنِ بِالضَّمَانِ فَهَذَا لَمْ
يَتَعَرَّضُوا لَهُ هَهُنَا الْبَتَّةَ. وَهُوَ بِمَعْزِلٍ مِنْ مَسْأَلَتِهِمْ بِالْكَلِيَّةِ.

الثَّالِثَةُ: الْقَابِضَةُ لِمَصْلَحَتِهَا، وَمَصْلَحَةُ الدَّافِعِ كَالشَّرِيكِ وَالْمُضَارِبِ وَالْوَكِيلِ بِجَعْلٍ^(١)
وَالْمُرْتَهَنِ، فَالْمَشْهُورُ جَوَازُ تَضْمِينِهَا أَيْضًا وَتَرْجِعُ بِمَا ضَمِنْتَ لِدُخُولِهَا عَلَى الْأَمَانَةِ وَذَكَرَ
الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُغْنِيِّ فِي الرَّهْنِ احْتِمَالَيْنِ آخَرَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ
يَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْقَابِضِ لِتَلَفِ مَالِ الْغَيْرِ تَحْتَ يَدِهِ الَّتِي لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي الْقَبْضِ فَهِيَ
كَالْعَالِمَةِ بِالْحَالِ، إِجَازَةٌ هَذَا الْوَجْهِ فِي الْمُضَارِبِ أَيْضًا. وَالثَّانِي: لَا يَجُوزُ تَضْمِينُهَا بِحَالٍ
لِدُخُولِهَا عَلَى الْأَمَانَةِ وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمَذْهَبُ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَضْمِينُ الْقَابِضِ مَا لَمْ
يَدْخُلْ عَلَى ضَمَانِهِ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الْأَقْسَامِ فَإِنَّ الْمَنْصُوصَ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَنْ اشْتَرَى أَرْضًا
فَفَرَسَ فِيهَا ثُمَّ ظَهَرَتْ مُسْتَحَقَّةٌ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمُسْتَحَقُّ قَلْعَهُ إِلَّا مَعَ ضَمَانِ نَقْصِهِ كَالْغَرَّاسِ
الْمُحْتَرَمِ الصَّادِرِ عَنْ إِذْنِ الْمَالِكِ فَجُعِلَ الْمَغْرُورُ كَالْمَأْدُونِ لَهُ فَلَا يَضْمَنُ ابْتِدَاءً مَا لَمْ يَلْزَمْ
ضَمَانُهُ. وَكَذَلِكَ نَقَلَ حَرْبٌ وَغَيْرُهُ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْمَغْرُورِ فِي النِّكَاحِ أَنَّ فِدَاءَ وَلَدِهِ عَلَى مَنْ

غَرَرَهُ وَلَمْ يَجْعَلْ عَلَى الزَّوْجِ مُطَالَبَةً. وَقَرِيبٌ مِنْ ذَلِكَ مَا نَقَلَ عَنْهُ مُهَنَّا فِيمَنْ بَعَثَ رَجُلًا إِلَى رَجُلٍ لَهُ عِنْدَهُ مَالٌ فَقَالَ لَهُ خُذْ مِنْهُ دِينَارًا فَآخِذْ مِنْهُ أَكْثَرَ أَنَّ الضَّمَانَ عَلَى الْمُرْسِلِ لِتَغْرِيرِهِ وَيَرْجِعُ هُوَ عَلَى الرَّسُولِ، وَحَكَى الْقَاضِي وَغَيْرُهُ فِي الْمُضَارَبَةِ وَجْهًا آخَرَ أَنَّ الضَّمَانَ فِي هَذِهِ الْأَمَانَاتِ يَسْتَقِرُّ عَلَى مَنْ ضَمِنَ مِنْهُمَا فَإِنَّهُمَا ضَمِنَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْآخَرِ.

الرَّابِعَةُ: الْقَاضِيَةُ لِمَصْلَحَتِهَا خَاصَّةٌ إِمَّا بِاسْتِيفَاءِ الْعَيْنِ كَالْقَرْضِ أَوْ بِاسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ كَالْعَارِيَةِ فَهِيَ دَاخِلَةٌ فِي الضَّمَانِ فِي الْعَيْنِ دُونَ الْمَنْفَعَةِ فَإِذَا ضَمِنَتِ الْعَيْنُ وَالْمَنْفَعَةُ رَجَعَتْ عَلَى الْغَاصِبِ بِضَمَانِ الْمَنْفَعَةِ، لِأَنَّ ضَمَانَهَا كَانَ بِتَغْرِيرِهِ، وَفِي الْمَذْهَبِ رَايَةٌ ثَانِيَةٌ لَا يَرْجِعُ بِضَمَانِ الْمَنْفَعَةِ إِذَا تَلَفَتْ بِالِاسْتِيفَاءِ وَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَيْهَا فِي مُقَابَلَةِ الْإِنْتِفَاعِ لِاسْتِيفَائِهَا بَدَلَهُ، كَمَا لَا يَجْتَمِعُ لَهَا الْعَوَضُ وَالْمُعَوَضُ، وَأَصْلُ الرُّوَايَتَيْنِ الرُّوَايَاتَانِ فِي رُجُوعِ الْمَعْرُورِ بِالْمَهْرِ عَلَى مَنْ غَرَرَهُ وَإِنْ ضَمِنَ الْغَاصِبُ الْمَنْفَعَةَ ابْتِدَاءً فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْبِنَاءُ عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَرْجِعُ الْقَاضِي عَلَيْهِ إِذَا ضَمِنَ ابْتِدَاءً رَجَعَ الْغَاصِبُ هُنَا عَلَيْهِ وَإِلَّا فَلَا وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي الْخَطَّابِ وَمَنْ اتَّبَعَهُ وَالْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي مَوْضِعٍ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ الْغَاصِبُ عَلَى الْقَاضِي قَوْلًا وَاحِدًا قَالَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ. وَأَمَّا الْعَيْنُ فَلَا يَرْجِعُ بِضَمَانِهَا حَيْثُ دَخَلَتْ عَلَى ضَمَانِهَا وَعَلَى الْإِحْتِمَالِ الْأَوَّلِ فِي الْقِسْمِ الَّذِي قَبْلَهُ يَسْتَقِرُّ هُنَا عَلَيْهَا ضَمَانُ الْعَيْنِ وَالْمَنْفَعَةُ سَوَاءٌ تَلَفَتْ الْمَنْفَعَةُ بِاسْتِيفَاءٍ أَوْ بِتَفْوِيتٍ وَعَلَى الْإِحْتِمَالِ الْآخَرَ وَهُوَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَضْمِينُهَا بِالْكُلِّيَّةِ فَلَا تُطَالَبُ هَذِهِ بِضَمَانٍ مَا لَمْ يَلْتَزِمْ ضَمَانُهُ ابْتِدَاءً وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهَا ضَمَانُ مَا دَخَلَتْ عَلَى ضَمَانِهِ مَا دَخَلَتْ عَلَى ضَمَانِهِ وَيَتَخَرَّجُ لَنَا وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَا يَسْتَقِرُّ عَلَيْهَا ضَمَانُ شَيْءٍ وَسَدَّكَرُ أَصْلُهُ فِي الْقِسْمِ الَّذِي بَعْدَهُ.

الخَامِسَةُ: الْقَاضِيَةُ تَمْلِكًا بِعَوَضٍ مُسَمًّى عَنِ الْعَيْنِ بِالْبَيْعِ فَهِيَ دَاخِلَةٌ عَلَى ضَمَانِ الْعَيْنِ دُونَ الْمَنْفَعَةِ فَإِذَا ضَمِنَتْ قِيمَةَ الْعَيْنِ وَالْمَنْفَعَةِ لَمْ يَرْجِعْ بِمَا ضَمِنَتْ مِنْ قِيمَةِ الْعَيْنِ كَدُخُولِهَا عَلَى ضَمَانِهَا وَلَكِنْ يُسْتَرَدُّ الثَّمَنُ مِنَ الْغَاصِبِ، لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ لَانْتِفَاءِ صِحَّةِ الْعَقْدِ وَسَوَاءٌ كَانَتْ الْقِيمَةُ الَّتِي ضَمِنَتْ الْمَالِكُ وَفَّقَ الثَّمَنُ أَوْ دُونَهُ أَوْ فَوْقَهُ عَلَى مَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ الْأَصْحَابِ هَاهُنَا وَفِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَفِي ضَمَانِ الْمَعْرُورِ الْمَهْرِ. وَفِي التَّلْخِصِ احْتِمَالٌ إِنْ كَانَتْ الْقِيمَةُ أَزِيدَ رَجَعَتْ بِالزِّيَادَةِ عَلَى الْغَاصِبِ حَيْثُ لَمْ يَدْخُلْ عَلَى الضَّمَانِ بِأَكْثَرٍ مِنْ

الثَّمَنُ الْمُسَمَّى، وَبِهِ جَزَمَ ابْنُ الْمُثَنَّى فِي خِلَافِهِ وَقَدْ سَبَقَ فِي قَاعِدَةِ ضَمَانِ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ بِالْمُسَمَّى أَوْ بِعَوَضِ الْمِثْلِ مَا يُشْبِهُهُ هَذَا وَلَوْ طَالَ الْمَالِكُ الْغَاصِبَ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ إِذَا كَانَ أَزِيدَ مِنَ الْقِيَمَةِ فَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّ لَهُ ذَلِكَ كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الْمُتَجَرِّ الْوَدِيعَةِ بِغَيْرِ إِذْنٍ أَنَّ الرِّيحَ لِلْمَالِكِ، ثُمَّ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ بَيَّنَّهُ عَلَى الْقَوْلِ بِوَقْفِ الْعُقُودِ عَلَى الْإِجَازَةِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَابْنُ عَقِيلٍ، وَمِنْهُمْ مَنْ يُطْلِقُ ذَلِكَ وَكَذَا فِي الْمُضَارَبِ إِذَا خَالَفَ وَعَنْهُ رَوَايَةٌ أُخْرَى يَتَصَدَّقُ بِالرِّيحِ، لِأَنَّهُ رِيحٌ مَا لَمْ يَضْمَنْ. وَهَلْ لِلْمُضَارَبِ أَجْرُهُ الْمِثْلُ عَلَى رَوَايَتَيْنِ وَطَرَدَهُمَا أَبُو الْفَتْحِ الْحَلَوَانِيُّ فِي الْكِفَايَةِ فِي الْغَاصِبِ وَحَكَى صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ فِي بَابِ الرَّهْنِ رَوَايَةً أُخْرَى بِاسْتِقْرَارِ الضَّمَانِ عَلَى الْغَاصِبِ فِي الْبَيْعِ فَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِشَيْءٍ مِمَّا صَنَعَهُ وَحَكَاهُ فِي الْكَافِي فِي بَابِ الْمُضَارَبَةِ وَجْهًا وَصَرَّحَ الْقَاضِي بِمِثْلِ ذَلِكَ فِي خِلَافِهِ فِي مَسْأَلَةِ رُجُوعِ الْمَغْرُورِ بِالْمَهْرِ. وَهُوَ عِنْدِي قِيَاسُ الْمَذْهَبِ حَيْثُ قُلْنَا فِي إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ: بِرُجُوعِ الْمَغْرُورِ بِنِكَاحِ الْأُمَةِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ مَعَ اسْتِيفَائِهِ مَنَفَعَةَ الْبُضْعِ وَاسْتِهْلَاكِهَا وَدُخُولِهِ عَلَى ضَمَانِهَا، وَلِهَذَا طَرَدَ مُحَقِّقُو الْأَصْحَابِ هَذَا الْخِلَافَ فِيمَا إِذَا زَوَّجَهَا الْغَاصِبُ وَوَطَّنَهَا الزَّوْجُ هَلْ يَرْجِعُ بِالْمَهْرِ عَلَى الْغَاصِبِ سَوَاءً ضَمَّنَهُ الْمَالِكُ الْمَهْرَ أَوْ لَمْ يَضْمَنْهُ؟ وَآيضًا فَإِنَّ الْمَنْصُوصَ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ الْبَائِعَ إِذَا دَلَّسَ الْعَيْبَ ثُمَّ تَلَفَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَلَهُ الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ وَكَذَلِكَ لَوْ نَقَصَ أَوْ تَعَيَّبَ وَهُوَ مَوْجُودٌ فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَيَأْخُذُ الثَّمَنَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ حَصَلَ لَهُ انْتِفَاعٌ بِمَا نَقَصَهُ فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ عَوَضَهُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ إِنْ حَاقًا لَهُ بِلَبِنِ الْمُصْرَاةِ مَعَ أَنَّهُ قَدْ دَخَلَ عَلَى ضَمَانِ الْعَيْنِ بِالْمُسَمَّى وَلَكِنْ سَقَطَ عَنْهُ كِتْلِيلُ الْبَائِعِ الْعَيْبَ وَهُوَ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْعَقْدِ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ فَلَا تَنْتَقِرُ الضَّمَانُ عَلَى الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ مَعَ تَدْلِيلِ الْغَاصِبِ عَلَيْهِ وَعَدَمِ صِحَّةِ الْعَقْدِ أَوَّلَى. وَأَمَّا الْمَنَافِعُ إِذَا ضَمِنَهَا الْمَالِكُ لِلْمُشْتَرِي بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمَنَافِعَ الْمَغْصُوبَةَ مَضْمُونَةٌ وَهُوَ الْمَذْهَبُ فَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى الْغَاصِبِ لِدُخُولِهِ عَلَى اسْتِيفَائِهَا فِي مِلْكِهِ بِغَيْرِ عَوَضٍ وَسَوَاءً انْتَفَعَ بِهَا أَوْ تَلَفَتْ تَحْتَ يَدِهِ وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةٌ أُخْرَى لَا يَرْجِعُ بِمَا انْتَفَعَ بِهِ لَاسْتِيفَائِهِ عَوَضَهُ كَمَا تَقَدَّمَ وَهِيَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى، وَحُكْمُ الثَّمَرَةِ وَالْوَلَدِ الْحَادِثِ مِنَ الْمَبِيعِ حُكْمُ الْمَنَافِعِ إِذَا ضَمِنَهَا رَجَعَ بِدَلِيلِهَا عَلَى الْغَاصِبِ. وَكَذَلِكَ الْكَسْبُ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ انْتَفَعَ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ فَيُخْرِجَ عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ وَقَدْ أَشَارَ أَحْمَدُ إِلَى هَذَا فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ فِيمَنْ بَاعَ مَاشِيَةً أَوْ شَاةً فَوَلَدَتْ أَوْ نَحَلًا لَهَا ثَمَرَةً فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا أَوْ اسْتَحَقَّ أَخَذَ مِنْهُ قِيَمَةَ الثَّمَرَةِ

وَقِيَمَةُ الْوَلَدِ إِنْ كَانَ أَحَدٌ فِيهِمْ شَيْئًا أَوْ بَانَ بَاعَ أَوْ اسْتَهْلَكَ فَإِنْ كَانَ مَاتَ أَوْ ذَهَبَ بِهِ الرِّيحُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ فَأَوْجِبَ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَا انْتَفَعَ بِهِ مِنَ الثَّمَرَةِ وَالْتِجَاعِ دُونَ مَا أُتْلِفَ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ فِعْلِهِ وَلَمْ يَذْكُرْ رُجُوعًا عَلَى الْغَاصِبِ. وَظَاهِرُ كَلَامِهِ مَا تَلَفَ فِي يَدِهِ مِنَ الثَّمَاءِ فَلَيْسَ لِلْمَالِكِ تَضْمِينُهُ ابْتِدَاءً، لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ عَلَى ضَمَانِهِ وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ وَهَذَا يُقَوِّي التَّخْرِيجَ الْمَذْكُورَ فِي الْقِسْمِ الَّذِي قَبْلَهُ، وَكَذَلِكَ ظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى لَا يَضْمَنُ الْمُشْتَرِي إِلَّا مَا يَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ سِوَا مَا دَخَلَ عَلَى ضَمَانِهِ أَوْ لَمْ يَدْخُلْ عَلَيْهِ لَكِنْ انْتَفَعَ بِهِ كَالْخِدْمَةِ وَمَهْرِ الْمُشْتَرَاةِ وَأَمَّا قِيَمَةُ الْأَوْلَادِ فَلَا يَرْجِعُ بِهَا عَنْهُ، لِأَنَّ نَفْعَهَا لِبَيْتِهِ لَا لَهُ، وَأَوْجِبَ عَلَى الْغَاصِبِ قِيَمَةَ غَرَسِ الْمُشْتَرِي غَيْرِ مَقْلُوعٍ إِذَا قَلَعَهُ الْمَالِكُ وَمُرَادُهُ مَا نَقَصَ بِقَلْعِهِ وَإِنَّمَا أَجَازَ لِلْمَالِكِ قَلْعَ الْغُرَاسِ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ نَقْصِهِ، لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ بَابِ تَضْمِينِ الْغَاصِبِ بَلْ هُوَ مِنْ بَابِ امْتِنَاعِ الْمَالِكِ مِنَ الضَّمَانِ لَهُ فَإِنَّ تَفْرِيعَ الْأَرْضِ مِنَ الْغُرَاسِ الَّذِي لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ لَا بُدَّ مِنْ تَمَكُّنِهِ مِنْهُ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيهِ حَيْثُ لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ وَإِنَّمَا لِلضَّمَانِ عَلَى الْغَارِ لِتَعْدِيهِ. كَمَا أَنَّ تَضْمِينَ الْقَائِضِ مَا لَمْ يَلْتَزِمْ ضَمَانُهُ مُمْتَنِعٌ حَيْثُ أُمِكنَ تَضْمِينُ الْغَاصِبِ لِاتِّزَامِهِ لِلضَّمَانِ وَتَعْدِيهِ فَظَهَرَ بِهَذَا أَنَّ الَّذِي يَدُلُّ عَلَيْهِ كَلَامُ أَحْمَدَ أَنَّ الْقَائِضَ لَا يَضْمَنُ إِلَّا مَا حَصَلَ لَهُ بِهِ نَفْعٌ فَيَضْمَنُهُ وَهَلْ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى رَوَاتَيْنِ كَرُجُوعِ الْمَغْرُورِ فِي بَابِ النِّكَاحِ بِالْمَهْرِ.

تَنْبِيْهُ: لَوْ أَقْرَأَ الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ بِالْمِلْكِ فَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهِ وَلَوْ أَقْرَأَ بِصِحَّةِ الْبَيْعِ فِيهِ الرُّجُوعُ احْتِمَالَانِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي، وَقَدْ يُخَرَّجُ كَذَلِكَ فِي الْإِقْرَارِ بِالْمِلْكِ حَيْثُ عَلِمَ أَنَّ مُسْتَنَدَهُ الْيَدَ، وَقَدْ بَانَ عُدْوَانُهَا.

الْيَدُ السَّادِسَةُ: الْقَائِضَةُ عَوَضًا مُسْتَحَقًّا بِغَيْرِ عَقْدِ الْبَيْعِ كَالصَّدَاقِ وَعَوَضِ الْخُلْعِ وَالْعَتَقِ وَالصَّلْحِ عَنْ دَمٍ عَمْدٍ إِذَا كَانَ مُعَيَّنًا مِنْهُ أَوْ كَانَ الْقَبْضُ وَفَاءً كَلَيْتٍ مُسْتَقَرًّا فِي الذِّمَّةِ مِنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ أَوْ غَيْرِهِ وَصَدَاقٍ أَوْ قِيَمَةِ مُتْلَفٍ وَنَحْوِهِ فَإِذَا تَلَفَتْ هَذِهِ الْأَعْيَانُ فِي يَدٍ مِنْ قَبْضِهَا ثُمَّ أُسْتُحِقَّتْ فَلِلْمُسْتَحِقِّ الرُّجُوعُ عَلَى الْقَائِضِ بِدَلِّ الْعَيْنِ وَالْمَنْفَعَةِ عَلَى مَا تَقَرَّرَ، وَيَخْرُجُ وَجْهًا آخَرَ أَنَّ لَا مَطَالَبَةَ لَهُ عَلَيْهِ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى فِي الصَّدَاقِ وَالْبَاقِي مِثْلُهُ عَلَى الْقَوْلِ بِالتَّضْمِينِ فَيَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِمَا غَرِمَ مِنْ قِيَمَةِ الْمَنَافِعِ لِتَغْيِيرِهِ إِلَّا بِمَا انْتَفَعَ بِهِ فَإِنَّهُ مُخَرَّجٌ عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ. وَأَمَّا قِيَمُ الْأَعْيَانِ فَمَقْتَضَى مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَمَنْ اتَّبَعَهُ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِهَا، لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَنَّهَا مَضْمُونَةٌ عَلَيْهِ بِحَقِّهِ وَسِوَا مَا كَانَتْ الْقِيَمَةُ الْمَضْمُونَةُ وَفَقَ حَقُّهُ أَوْ دُونَهُ أَوْ أَزِيدَ مِنْهُ إِلَّا عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ فِي الْبَيْعِ بِالرُّجُوعِ بِفَضْلِ الْقِيَمَةِ. ثُمَّ إِنْ كَانَ

الْقَبْضُ وَفَاءٌ عَنْ دَيْنٍ ثَابِتٍ فِي الذِّمَّةِ فَهُوَ بَاقٍ بِحَالِهِ وَإِنْ كَانَ عَوْضًا مُتَعِينًا فِي الْعَقْدِ لَمْ يَنْفَسَخِ الْعَقْدُ هَهُنَا بِاسْتِحْقَاقِهِ فِيهِ. وَلَوْ قُلْنَا: إِنَّ النِّكَاحَ عَلَى الْمَغْضُوبِ لَا يَصِحُّ، لِأَنَّ الْقَوْلَ بِإِنْتِفَاءِ الصَّحَّةِ مُخْتَصٌّ بِحَالَةِ الْعِلْمِ كَذَلِكَ ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَيَرْجِعُ عَلَى الزَّوْجِ بِقِيَمَةِ الْمُسْتَحَقِّ فِي الْمَنْصُوصِ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ. وَقَالَ فِي الْمُجَرَّدِ: وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ وَأَمَّا عَوْضُ الْخُلْعِ وَالْعِتْقِ وَالصِّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ فَفِيهَا وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَجِبُ الرَّجُوعُ فِيهَا بِقِيَمَةِ الْعَوْضِ الْمُسْتَحَقِّ وَهُوَ الْمَنْصُوصُ، لِأَنَّ هَذِهِ الْعُقُودَ لَا تَنْفَسَخُ بِاسْتِحْقَاقِ أَعْوَاضِهَا فَيَجِبُ قِيَمَةُ الْعَوْضِ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي أَكْثَرِ كُتُبِهِ وَجَزَمَ بِهِ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ.

وَالثَّانِي: يَجِبُ قِيَمَةُ الْمُسْتَحَقِّ فِي الْخُلْعِ وَالصِّلْحِ عَنْ الدَّمِ بِخِلَافِ الْعِتْقِ فَإِنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ قِيَمَةُ الْعَبْدِ، لِأَنَّ الْعَبْدَ لَهُ قِيَمَةٌ فِي نَفْسِهِ فَيَرْجِعُ بِقِيَمَتِهِ بِخِلَافِ الْبُضْعِ وَالْدَّمِ فَإِنَّ الْقِيَمَةَ لِعَوْضِهِمَا لَا لَهُمَا وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي الْبَيُوعِ مِنْ خِلَافِهِ وَيُشْبِهُ قَوْلَ أَصْحَابِنَا فِيمَا إِذَا جَعَلَ عِتْقَ أَمَتِهِ صَدَاقَهَا، وَقُلْنَا: لَا يَتَعَقَّدُ بِهِ النِّكَاحُ فَابْتَأ أَنْ تَتَزَوَّجَهُ عَلَى ذَلِكَ فَإِنَّ عَلَيْهَا قِيَمَةَ نَفْسِهَا لَا قِيَمَةَ مَهْرٍ مِثْلِهَا وَعَلَى الْوَجْهِ الْمَخْرُجِ فِي الْبَيْعِ أَنَّ الْمَغْرُورَ يَرْجِعُ بِقِيَمَةِ الْعَيْنِ عَلَى الْغَاصِبِ فَهَهُنَا كَذَلِكَ.

الْيَدُ السَّابِعَةُ: الْقَاضِيَةُ بِمُعَاوَضَةٍ عَنِ الْمَنْفَعَةِ وَهِيَ يَدُ الْمُسْتَأْجِرِ فَقَالَ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ: إِذَا ضَمِنَتِ الْمَنْفَعَةُ لَمْ يَرْجِعْ بِهَا وَلَوْ زَادَتْ أَجْرَةُ الْمِثْلِ عَلَى الْأَجْرَةِ الْمُسَمَّاةِ فَفِيهِ مَا مَرَّ مِنْ زِيَادَةِ قِيَمَةِ الْعَيْنِ عَلَى الثَّمَنِ وَإِذَا ضَمِنَتِ قِيَمَةُ الْعَيْنِ رَجَعَتْ بِهَا عَلَى الْغَاصِبِ لِتَغْيِيرِهِ وَفِي تَعْلِيلَةِ أَبِي الْبَرَكَاتِ عَلَى الْهَدَايَةِ وَيَتَخَرَّجُ لِأَصْحَابِنَا وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ بِحَالٍ لِقَوْلِ فَرَضِيَّتْ يَضْمَنُ الْعَيْنَ وَهَلِ الْقَرَارُ عَلَيْهِ؟ لَنَا وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: عَلَيْهِ. وَالثَّانِي: عَلَى الْغَاصِبِ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ انْتَهَى وَالْوَجْهُ الْأَوَّلُ مُنْزَلٌ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ الْمَغْرُورَ لَا يَضْمَنُ شَيْئًا ابْتِدَاءً وَلَا اسْتِقْرَارًا وَالْوَجْهُ الْآخَرُ فِي قَرَارِ ضَمَانِ الْعَيْنِ عَلَيْهِ يَنْتَزَلُ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ فِي اسْتِقْرَارِ الضَّمَانِ عَلَى الْمُرْتَهَنِ وَنَحْوِهِ يَتَلَفِ الْعَيْنُ تَحْتَ يَدِهِ.

الْيَدُ الثَّامِنَةُ: الْقَاضِيَةُ لِلشَّرِكَةِ وَهِيَ الْمُنْصَرَفَةُ فِي الْمَالِ بِمَا يَنْمِيهِ بِجُزْءٍ مِنَ النَّمَاءِ كَالشَّرِيكِ وَالْمُضَارِبِ وَالْمُزَارِعِ وَالْمُسَاقِي وَلَهُمْ جَرَّةٌ عَلَى الْغَاصِبِ لِعَمَلِهِمْ لَهُ بِعَوْضٍ لَمْ يَسْلَمْ، فَأَمَّا الْمُضَارِبُ وَالْمُزَارِعُ بِالْعَيْنِ الْمَغْضُوبَةِ وَشَرِيكِ الْعِنَانِ فَقَدْ دَخَلُوا عَلَى أَنْ لَا

ضَمَانٌ عَلَيْهِمْ بِحَالٍ فَإِذَا ضَمِنُوا عَلَى الْمَشْهُورِ رَجَعُوا بِمَا ضَمِنُوا إِلَّا حِصَّتَهُمْ مِنَ الرَّيْحِ فَلَا يَرْجِعُونَ بِضَمَانِهَا لِدُخُولِهِمْ عَلَى ضَمَانِهَا عَلَيْهِمْ بِالْعَمَلِ لِذَلِكَ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي الْمُسَاقِي وَالْمَزَارِعِ نَظِيرَهُ، وَأَمَّا الْمُضَارِبُ وَالشَّرِيكَ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَسْتَقَرَّ عَلَيْهِمْ ضَمَانُ شَيْءٍ بِدُونِ الْقِسْمَةِ سَوَاءٌ قُلْنَا: مَلَكَوا الرَّيْحَ بِالظُّهُورِ أَوْ لَا، لِأَنَّ حِصَّتَهُمْ وَقَايَةُ لِرَأْسِ الْمَالِ وَلَيْسَ لَهُمُ الْإِنْفِرَادُ بِالْقِسْمَةِ فَلَمْ يَتَّعِنَ لَهُمْ شَيْءٌ مَضْمُونٌ. وَحَكَى الْأَصْحَابُ فِي الْمُضَارِبِ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَجْهًا آخَرَ أَنْ لَا يَرْجِعَ بِمَا ضَمِنَهُ بِنَاءً عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ بِاسْتِقْرَارِ الضَّمَانِ عَلَى مَنْ تَلَفَ الْمَالُ بِيَدِهِ، وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ أَنْ لَا يَمْلِكُ الْمَالِكُ تَضْمِينَهُمْ بِحَالٍ لِدُخُولِهِمْ عَلَى الْأَمَانَةِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ حُكْمَ ضَمَانِ الشَّرِيكَ وَالْمُضَارِبِ لِلْمَالِ وَلَكِنَّمَا أَعَدْنَاهُ هَهُنَا لِذِكْرِ النَّمَاءِ، وَأَمَّا الْمُسَاقِي إِذَا ظَهَرَ الشَّجَرُ مُسْتَحِقًّا بَعْدَ تَكْمِلَةِ الْعَمَلِ فَلِلْعَامِلِ أَجْرَةُ الْمِثْلِ لِعَمَلِهِ عَلَى الْغَاصِبِ وَأَمَّا الثَّمَرُ إِذَا تَلَفَ فَلَهُ حَالَتَانِ: إِحْدَاهُمَا، أَنْ يَتَلَفَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ كُلِّ مِنَ الْغَاصِبِ وَالْعَامِلِ مَا قَبِضَهُ وَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الْكُلَّ لِلْغَاصِبِ فَإِذَا ضَمِنَهُ الْكُلُّ رَجَعَ عَلَى الْعَامِلِ بِمَا قَبِضَهُ لِنَفْسِهِ، لِأَنَّهُ أَخَذَ الْعَوَضَ فَهُوَ كَالْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ، وَفِي الْمُغْنِيِّ احْتِمَالٌ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ لِتَغْيِيرِهِ فَاشْبَهَ مَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ: كُلْ هَذَا فَإِنَّهُ طَعَامِي. ثُمَّ بَانَ مُسْتَحِقًّا وَهُوَ قَرِيبٌ مِنَ الْوَجْهِ السَّابِقِ بِاسْتِقْرَارِ ضَمَانِ الْمَبِيعِ عَلَى الْغَاصِبِ بِكُلِّ حَالٍ. وَهَلْ لِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَ الْعَامِلَ جَمِيعَ الثَّمَرَةِ ذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ احْتِمَالَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ، لِأَنَّ يَدَهُ تَثَبَّتْ عَلَى الْكُلِّ مُشَاهِدَةً بِغَيْرِ حَقٍّ ثُمَّ يَرْجِعُ الْعَامِلُ عَلَى الْغَاصِبِ بِمَا قَبِضَهُ مِنَ الثَّمَرِ عَلَى الْمَشْهُورِ وَبِالْكُلِّ عَلَى الْإِحْتِمَالِ الْمَذْكُورِ.

وَالثَّانِي: لَا، لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ قَابِضًا عَلَى الْحَقِيقَةِ وَلَكِنَّمَا كَانَ مُرَاعِيًا حَافِظًا وَيَشْهَدُ لِهَذَا مَا قَالَهُ ابْنُ حَامِدٍ فِيمَا إِذَا اخْتَلَفَ الْمُسَاقِي وَالْمَالِكُ فِي قَدْرِ الْمَشْرُوطِ لِلْعَامِلِ مِنَ الثَّمَرِ وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ أَنَّهُ تَقَدَّمَ بَيْنَهُ الْعَامِلُ، لِأَنَّهُ خَارِجٌ وَالْمَالِكُ هُوَ الدَّخِيلُ لَا تَصَالُ الثَّمَرُ بِمِلْكِهِ، وَلَوْ اشْتَرَى ثَمَرَةَ شَجَرٍ شِرَاءً فَاسِدًا وَخَلَّى الْبَائِعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ عَلَى شَجَرِهِ لَمْ يَضْمَنْهُ بِذَلِكَ لِعَدَمِ ثُبُوتِ يَدِهِ عَلَيْهِ وَذَكَرَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ مُحِلٌّ وَفَاقٍ.

الْحَالَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يَتَلَفَ الثَّمَرُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ إِمَّا عَلَى الشَّجَرِ أَوْ بَعْدَ جِلْدِهِ فَبِئْسَ التَّلْخِصُ فِي مُطَالَبَةِ الْعَامِلِ بِالْجَمِيعِ احْتِمَالَانِ وَكَذَا لَوْ تَلَفَ بَعْضُ الشَّجَرِ وَهُوَ مُتَلَفٌ إِلَى أَنْ يَدَ الْعَامِلِ هَلْ تَثَبَّتْ عَلَى الشَّجَرِ وَالثَّمَرِ الَّذِي عَلَيْهِ أَمْ لَا؟ وَالْأَظْهَرُ أَنْ لَا، لِأَنَّ الضَّمَانَ عِنْدَنَا لَا يَتَقَلُّ فِي الثَّمَرِ الْمُعْلَقِ عَلَى شَجَرَةٍ بِالتَّلْخِيلِ إِلَّا أَنْ يُقَالَ يَدُهُ هَاهُنَا عَلَى الثَّمَرِ حَصَلَتْ تَبَعًا لِثُبُوتِ

يَدِهِ عَلَى الشَّجَرِ فَيَقَالُ فِي ثُبُوتِ يَدِهِ عَلَى الشَّجَرِ [هَاهُنَا] تَرَدَّدُ ذِكْرُ نَاهُ أَنْفَا حَتَّى لَوْ تَلَفَ بَعْضُ الشَّجَرِ فَفِي تَضْمِينِهِ لِلْعَامِلِ الاحْتِمَالَانِ صَرَّحَ بِهِ فِي التَّلْخِصِ أَيْضًا وَلَوْ اشْتَرَى شَجَرَةً بِشَرِّهَا فَهَلْ يَدْخُلُ الثَّمَرُ فِي ضَمَانِهَا تَبَعًا لِشَجَرِهِ، قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُتُوهِ: لَا يَدْخُلُ وَالْمَذْهَبُ دُخُولُهُ تَبَعًا لِانْقِطَاعِ عُلُقِ الْبَائِعِ عَنْهُ مِنَ السَّقْيِ وَغَيْرِهِ وَبِكُلِّ حَالٍ فَيَتَوَجَّهُ أَنْ يَضْمَنَ الْعَامِلُ الثَّمَرَ التَّالِفَ بَعْدَ جِدَادِهِ وَاسْتِحْفَاطِهِ بِخِلَافِ مَا عَلَى الشَّجَرِ.

الْيَدُ الثَّاسِعَةُ: الْقَابِضَةُ تَمْلِكًا لَا بِعَوَضٍ إِمَّا لِلْعَيْنِ بِمَنَافِعِهَا بِالْهَبَةِ وَالْوَقْفِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَصِيَّةِ أَوْ لِلْمَنْفَعَةِ كَالْمُوصَى لَهُ بِالْمَنَافِعِ فَالْمَشْهُورُ أَنَّهَا تَرْجِعُ بِمَا ضَمَّتَهُ بِكُلِّ حَالٍ، لِأَنَّهَا دَخَلَتْ عَلَى أَنَّهَا غَيْرُ ضَامِنَةٍ لَشَيْءٍ فِيهَا مَغْرُورَةٌ إِلَّا مَا حَصَلَ لَهَا بِهِ نَفْعٌ فِي رُجُوعِهَا بِضَمَانِهِ الرُّوَايَتَانِ. وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهَا لَا تَضْمَنُ ابْتِدَاءً مَا لَمْ يَسْتَقِرَّ ضَمَانُهَا عَلَيْهِ. وَذَكَرَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ رَوَايَةً أَنَّهُ لَا تَرْجِعُ بِمَا ضَمَّتَهُ بِحَالٍ وَهُوَ مُنْزَلٌ عَلَى الْقَوْلِ بِاسْتِقْرَارِ الضَّمَانِ عَلَى مَنْ تَلَفَ تَحْتَ يَدِهِ وَإِنْ كَانَ أَمِينًا كَمَا سَبَقَ ثُمَّ اخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي مَحَلِّ الرُّوَايَتَيْنِ فِي الرُّجُوعِ بِمَا انْتَفَعَتْ بِهِ عَلَى طَرُقٍ ثَلَاثَةٍ:

إِحْدَاهُنَّ: أَنْ مَحَلَّهُمَا إِذَا لَمْ يَقُلْ الْغَاصِبُ: هَذَا مِلْكِي أَوْ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ، فَإِنْ قَالَ ذَلِكَ، فَالْمَدَارُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ خِلَافٍ لَاعْتِرَافِهِ بِاسْتِقْرَارِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ وَنَفْيِهِ عَنِ الْقَاضِصِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْمُغْنِيِّ.

وَالثَّانِيَةُ: إِنْ ضَمَّنَ الْمَالِكُ الْقَابِضَ ابْتِدَاءً فِي رُجُوعِهِ عَلَى الْغَاصِبِ الرُّوَايَتَانِ مُطْلَقًا وَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبُ ابْتِدَاءً فَإِنْ كَانَ الْقَابِضُ قَدْ أَقَرَّ لَهُ بِالْمِلْكِيَّةِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْقَابِضِ رَوَايَةً وَاحِدَةً، وَلَوْ قُلْنَا: إِنْ مَا يَنْتَفِعُ بِهِ يَسْتَقِرُّ ضَمَانُهُ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ بِإِقْرَارِهِ بِالْمِلْكِ مُعْتَرَفٌ بِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ ظَالِمٌ لَهُ بِالتَّعْرِيمِ فَلَا يَرْجِعُ بِظُلْمِهِ عَلَى غَيْرِ ظَالِمِهِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي.

وَالثَّالِثُ: فِي الْخِلَافِ مِنَ الْكُلِّ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي الْخَطَّابِ وَغَيْرِهِ.

الْيَدُ الْعَاشِرَةُ: الْمُتْلِفَةُ لِلْمَالِ نِيَابَةً عَنِ الْغَاصِبِ كَالذَّبْحِ لِلْحَيَوَانِ وَالطَّايِخِ لَهُ فَلَا قَرَارَ عَلَيْهَا بِحَالٍ وَإِنَّمَا الْقَرَارُ عَلَى الْغَاصِبِ لَوْ قُوعِ الْفِعْلِ لَهُ فَهُوَ كَالْمُبَاشِرِ كَذَا قَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَالْأَصْحَابُ وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ بِالْقَرَارِ عَلَيْهَا فِيمَا تَلَفَتْهُ كَالْمُودِعِ إِذَا تَلَفَتْ تَحْتَ يَدِهِ وَأَوَّلَى لِمُبَاشَرَتِهَا لِلْإِتْلَافِ، وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهَا بِحَالٍ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ فِيمَنْ حَفَرَ لِرَجُلٍ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ بَثْرًا فَوَقَعَ فِيهَا إِنْسَانٌ، فَقَالَ الْحَافِرُ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا فِي مِلْكِهِ. فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَبِذَلِكَ جَزَمَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي كِتَابِ الْجَنَائَاتِ مَعَ اشْتِرَاكِ الْحَافِرِ وَالْأَمْرِ فِي

التَّسَبُّبِ وَانْفِرَادِ الْحَافِرِ بِمُبَاشَرَةِ السَّبَبِ وَإِنَّمَا سَقَطَ عَنْهُ الضَّمَانُ لِإِدْمِ عَلَيْهِ بِالْحَالِ وَهَهُنَا أَوَّلِي، لاشتراكها في ثبوت اليد وكو اتلفتة على وجوه محرم شرعاً عالمة بتحريمه كالفاتلة للعبء المعصوب والمحرقة للمال بإذن الغاصب ففي التلخيص يستقر عليها الضمان، لأنها عالمة بتحريمه فهي كالعالمة بأنه مال الغير ورجح الحارثي دخولها في قسم المغرور، لأنها غير عالمة بالضمان فتغير الغاصب لها حاصل، والله أعلم.

* * *

القاعدة الرابعة والتسعون:

قبض مال الغير من يد قابضه بحق بغير إذن مالكه إن كان يجوز له إقباضه فهو أمانة عند الثاني إن كان الأول أميناً وإلا فلا، وإن لم يك إقباضه جائزاً فالضمان عليهما، ويتخرج وجه آخر ألا يضمن غير الأول ويندرج تحت ذلك صور:

منها: مودع المودع فإن كان حيث يجوز الإيداع فلا ضمان على واحد منهما، وإن كان حيث لا يجوز فالضمان على الأول وفي الثاني وجهان سبق ذكرهما.

ومنها: المستأجر من المستأجر، فإن كان حيث يجوز الإيجار بأن كان لمن يقوم مقامه في الانتفاع فلا ضمان وإلا فلا يثبت الضمان عليها وقراره في العين على الأول ويتخرج وجه آخر أنه لا ضمان على الثاني بحال من المودع.

ومنها: مضارب المضارب، حيث يجوز له فهو أمين وهل الثاني مضارب للمالك والأول وكيل في العقد لا شيء له من الربح أو هو مضارب للأول فالربح بينهما؟ على وجهين جزم به القاضي في المجرد بالأول ثم اختار الثاني فيما إذا دفعه مضاربة وقلنا: لا يجوز له ذلك وحيث منع من دفعه مضاربة فللمالك تضمين أيهما شاء، ويرجع الثاني على الأول إن لم يعلم بالحال لدخوله على الأمانة. وفيه وجه آخر لا يرجع لحصول التلف تحت يده وقد سبق أصله ويتخرج أن لا يضمن الثاني بحال وإن علم بالحال فهل هو كالغاصب لا أجر له أو كالمضارب المتعدي له أجر المثل؟ يحتمل وجهين قاله صاحب التلخيص وحكماهما صاحب الكافي روايتين من غير تقييد بحالة العلم.

ومنها: وكيل الوكيل، حيث لا يجوز التوكيل فهو كالمضارب في الضمان.

ومنها: المستعير من المستعير، فإن قلنا: بجوازه فكل منهما ضامن للعين دون المنفعة لدخوله على ذلك على بصيرة فإذا تلفت عند الثاني ضمنه المالك كما لو كان هو المعير له

وَلَمْ يَرْجَعْ عَلَى الْأَوَّلِ لَانْتِفَاءِ التَّغْرِيرِ، وَإِنْ قُلْنَا: بِالْمَنْعِ وَهُوَ الْمَشْهُورُ فَلِلْمَالِكِ مُطَابَقَةٌ كُلُّ
 مِنْهُمَا بِضَمَانِ الْعَيْنِ وَالْمَنْفَعَةِ، وَالْمَدَارُ عَلَى الثَّانِي لِحُصُولِ التَّلَفِ فِي يَدِهِ إِنْ كَانَ عَالِمًا
 بِالْحَالِ وَمَعَ عَدَمِ الْعِلْمِ يَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ ضَمَانُ الْعَيْنِ دُونَ الْمَنْفَعَةِ فَإِنَّهُ يَسْتَقِرُّ ضَمَانُهَا عَلَى الْأَوَّلِ
 لِتَغْرِيرِهِ، كَذَا قَالَ الْأَصْحَابُ. وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ الثَّانِي إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالْحَالِ.
 وَمِنْهَا: الْمُسْتَعِيرُ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ، قَالَ فِي التَّلْخِصِ: هُوَ أَمِينٌ عَلَى الصَّحِيحِ لِقَبْضِهِ مِنْ يَدِ
 أَمِينٍ فَلَا يَكُونُ ضَامِنًا.

وَمِنْهَا: الْمُشْتَرِي مِنَ الْوَكِيلِ الْمُخَالَفِ مُخَالَفَةً يَفْسُدُ بِهَا الْبَيْعُ إِذَا تَلَفَ الْمِيعَ فِي يَدِهِ
 فَلِلْمَوْكَلِّ تَضْمِينُ الْقِيَمَةِ مِنْ شَاءَ مِنْهُمَا مِنَ الْوَكِيلِ وَالْمُشْتَرِي عَلَى الْمَشْهُورِ، ثُمَّ إِنْ ضَمِنَ
 الْوَكِيلُ رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرِي لِتَلَفِهِ فِي يَدِهِ.

* * *

القاعدة الخامسة والتسعون:

مَنْ أَتْلَفَ مَالَ غَيْرِهِ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ لَهُ أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ يَظُنُّ لِنَفْسِهِ وَلَا يَهُ عَلَيْهِ ثُمَّ يَتَبَيَّنُ خَطَأَ
 ظَنِّهِ فَإِنْ كَانَ مُسْتَنِدًا إِلَى سَبَبٍ ظَاهِرٍ مِنْ غَيْرِهِ ثُمَّ تَبَيَّنَ خَطَأُ الْمُتَسَبِّبِ أَوْ أَقَرَّ بِتَعَمُّدِهِ لِلْجَنَائَةِ
 ضَمِنَ الْمُتَسَبِّبُ وَإِنْ كَانَ مُسْتَنِدًا إِلَى اجْتِهَادٍ مُجَرَّدٍ كَمَنْ دَفَعَ مَالًا تَحْتَ يَدِهِ إِلَى مَنْ يَظُنُّ أَنَّهُ
 مَالِكُهُ أَوْ أَنَّهُ يَجِبُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ أَوْ أَنَّهُ يَجُوزُ ذَلِكَ، أَوْ دَفَعَ مَالَهُ الَّذِي يَجِبُ عَلَيْهِ إِخْرَاجُهُ لِحَقِّ
 اللَّهِ إِلَى مَنْ يَظُنُّهُ مُسْتَحِقًّا ثُمَّ تَبَيَّنَ الْخَطَأَ، فَفِي ضَمَانِهِ قَوْلَانِ، وَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمُسْتَنِدَ لَا يَجُوزُ
 الْأَعْتِمَادُ عَلَيْهِ وَلَمْ يَتَبَيَّنْ أَنَّ الْأَمْرَ بِخِلَافِهِ فَإِنْ تَعَلَّقَ بِهِ حُكْمٌ فَقَصَّ فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُتْلِفِ
 وَإِلَّا فَلَا ضَمَانَ وَيَنْدَرَجُ تَحْتَ هَذِهِ الْجُمْلَةِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: أَنْ يَشْهَدَ شَاهِدَانِ بِمَوْتِ زَيْدٍ فَيُقَسَّمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ ثُمَّ يَتَبَيَّنُ بُطْلَانُ الشَّهَادَةِ بِقُدُومِهِ
 حَيًّا فَنَصَّ [أَحْمَدُ] فِي رَوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ أَنَّهُمَا يَضْمَنَانِ الْمَالَ وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لِلْوَرِثَةِ وَظَاهِرُ
 كَلَامِهِ اسْتِقْرَارُ الضَّمَانِ عَلَى الْمَشْهُورِ أَوْ اخْتِصَاصُهُمْ بِهِ وَهُوَ فِي الْجُمْلَةِ مُوَافِقٌ لِقَوْلِهِ
 الْمَشْهُورُ عَنْهُ فِي تَقْرِيرِ الضَّمَانِ عَلَى الْغَارِ كَمَا سَبَقَ وَقَالَ الْقَاضِي يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَغْرَمَ
 الْوَرِثَةَ وَرَجَعُوا بِذَلِكَ عَلَى الشُّهُودِ لِتَغْرِيرِهِمْ وَلَا ضَمَانَ هُنَا عَلَى الْحَاكِمِ، لِأَنَّهُ مُلْجَأٌ إِلَى
 الْحُكْمِ مِنْ جِهَةِ الشُّهُودِ وَنَقَلَ أَبُو النَّضْرِ الْعَجَلِي عَنْ أَحْمَدَ فِي حَاكِمٍ رَجَمَ رَجُلًا بِشَهَادَةِ
 أَرْبَعَةٍ بِالزُّنَا ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ مُجْبُوبٌ أَنَّ الضَّمَانَ عَلَى الْحَاكِمِ وَلَعَلَّ تَضْمِينَ هُنَا لِتَقْرِيطِهِ إِذْ
 الْمَجْبُوبُ لَا يَخْفَى أَمْرُهُ غَالِبًا فَتَرْكُهُ الْفَحْصَ عَنْ حَالِهِ تَقْرِيطٌ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَكَمَ الْحَاكِمُ بِمَالٍ ثُمَّ رَجَعَ الشُّهُودُ وَصَرَّحُوا بِالْخَطَا أَوْ التَّعَمُّدَ بِشَهَادَةِ الزُّورِ فَإِنَّ الضَّمَانَ يَخْتَصُّ بِهِمْ لَا عِتْرَافَهُمْ وَلَا يُنْقَضُ حُكْمُ الْحَاكِمِ بِمُجَرَّدِ ذَلِكَ وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْمَحْكُومِ لَهُ شَيْءٌ كَمَا لَوْ بَاعَ عَيْنًا أَوْ وَهَبَهَا أَوْ أَقْرَبَهَا لِرَجُلٍ ثُمَّ أَقْرَبَهَا بَعْدَ ذَلِكَ لِآخَرٍ فَإِنَّهُ لَا يَقْبَلُ إِقْرَارُهُ عَلَى الْأَوَّلِ وَيُضْمَنُ الثَّانِي.

وَمِنْهَا: أَنْ يَحْكُمَ الْحَاكِمُ بِمَالٍ وَيَسْتَوْفِي ثُمَّ يَتَبَيَّنَ أَنَّ الشُّهُودَ فُسَّاقٌ أَوْ كُفَّارٌ فَإِنَّ حُكْمَهُ فِي الْبَاطِنِ غَيْرُ نَافِذٍ بِالِاتِّفَاقِ ثَقَلَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ. وَأَمَّا فِي الظَّاهِرِ فَهُوَ نَافِذٌ وَهَلْ يَجِبُ نَقْضُهُ؟ الْمَذْهَبُ وَجُوبُهُ وَهُوَ قَوْلُ الْخِرَقِيِّ وَالْقَاضِي كَتَبَيْنِ انْتِفَاءَ شَرْطِ الْحُكْمِ فَلَمْ يُصَادَفْ مُحِلًّا ثُمَّ يَجِبُ ضَمَانُ الْمَالِ عَلَى الْمَحْكُومِ لَهُ لِإِتْلَافِهِ لَهُ مُبَاشَرَةً قَالَ الْقَاضِي وَكَوَّ كَانَ الْمَحْكُومُ لَهُ مُعْسِرًا فَلِلْمُسْتَحِقِّ مُطَالَبَةُ الْإِمَامِ قَرَارَ الضَّمَانِ عَلَى الْمَحْكُومِ لَهُ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُزَكِّينَ بِحَالٍ، وَلَوْ حَكِمَ لِأَدَمِيٍّ بِإِتْلَافِ نَفْسٍ أَوْ طَرَفٍ فَطَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: هُوَ كَالْمَالِ، لِأَنَّ الْمُسْتَوْفِي هُوَ الْمَحْكُومُ لَهُ وَالْإِمَامُ مُمَكِّنٌ لَا غَيْرَ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْمُحَرَّرِ.

وَالثَّانِي: يَضْمَنُهُ الْحَاكِمُ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَهُوَ وَفْقُ إِطْلَاقِ الْأَكْثَرِينَ، لِأَنَّ الْمَحْكُومَ لَهُ لَمْ يَقْبِضْ شَيْئًا فَتَنَسَّبَ الْفِعْلُ إِلَى خَطَا الْإِمَامِ كَمَا لَوْ كَانَ الْمُسْتَوْفِي حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى عَزَّ وَجَلَّ فَإِنَّ ضَمَانَهُ عَلَى الْإِمَامِ وَحَكَّى الْقَاضِي وَغَيْرُهُ رَوَايَةً أُخْرَى أَنَّهُ لَا يُنْقَضُ الْحُكْمُ إِذَا بَانَ الشُّهُودُ فُسَّاقًا وَيَضْمَنُ الشُّهُودُ كَمَا لَوْ رَجَعُوا عَنِ الشَّهَادَةِ وَهَذَا ضَعِيفٌ جِدًّا، وَلَا أَصْلَ لِدَلِيلٍ فِي كَلَامِ أَحْمَدَ وَإِنَّمَا أَخَذُوهُ مِنْ رَوَايَةِ الْمِيمُونِيِّ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَتِلْكَ لَا فَسْقَ فِيهَا لِجَوَازِ الْعَدْلِيَّاتِ الشُّهُودِ وَإِنَّمَا ضَمِنُوا لِتَبَيُّنِ بُطْلَانِ شَهَادَتِهِمْ بِالْعِيَانِ فَهُوَ أَعْظَمُ مِنَ الرَّجُوعِ وَلَا يُمَكِّنُ بَقَاءَ الْحُكْمِ بَعْدَ تَبَيُّنِ فُسَادِ الْمَحْكُومِ بِهِ عِيَانًا وَلَا يَصِحُّ إِلْحَاقُ الْفُسْقِ فِي الضَّمَانِ بِالرَّجُوعِ، لِأَنَّ الرَّاجِعِينَ اعْتَرَفُوا بِبُطْلَانِ شَهَادَتِهِمْ وَتَسَيَّبَهُمْ إِلَى انْتِزَاعِ مَالِ الْمَعْصُومِ وَقَوْلُهُمْ غَيْرُ مَقْبُولٍ عَلَى نَقْضِ الْحُكْمِ فَتَعَيَّنَ تَغْرِيمُهُمْ، وَلَيْسَ هَاهُنَا اعْتِرَافٌ يُبْنَى عَلَيْهِ التَّغْرِيمُ فَلَا وَجْهَ لَهُ فَالْصَّوَابُ الْجَزْمُ بِأَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَى أَحَدٍ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ الْحُكْمَ لَا يُنْقَضُ كَمَا جَزَمَ بِهِ فِي الْمُحَرَّرِ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَصَّى إِلَى رَجُلٍ بِتَفْرِيقِ ثُلُثِهِ فَفَعَلَ ثُمَّ يَتَبَيَّنُ أَنَّ عَلَيْهِ دَيْنًا مُسْتَعْرِقًا لِلتَّرَكَةِ فِيهِ ضَمَانُهُ رَوَايَتَانِ وَلَكِنْ هُنَا لَمْ يَتَصَرَّفْ فِي مَالِكِ الْغُرَمَاءِ بَلْ فِيمَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُمْ وَلَكِنَّهُ تَعَلَّقَ قَوِيٌّ لَا سِيَّمَا إِنْ قُلْنَا: لَمْ يَتَقَلَّلْ إِلَى الْوَرِثَةِ وَلِهَذَا قَالَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ فِي التَّرَكَةِ:

هِيَ لِلْغُرْمَاءِ لَا لِلْوَرَثَةِ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ الْوَرَثَةُ التَّصَرُّفَ فِيهَا إِلَّا بِشَرَطِ الضَّمَانِ، وَخَرَجَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ كُلِّ مَنْ تَصَرَّفَ بِوَلَايَةٍ فِي مَالٍ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِشَخْصٍ بِشَيْءٍ فَلَمْ يُعْرِفِ الْمُوصَى لَهُ صَرْفَهُ الْوَصِيِّ أَوْ الْحَاكِمُ فِيمَا يَرَاهُ مِنْ أَبْوَابِ الْبِرِّ فَإِنْ جَاءَ الْمُوصَى لَهُ وَاثَّبَتْ ذَلِكَ فَهَلْ يَضْمَنُ الْمُفَرَّقُ مَا فَرَّقَهُ عَلَى رَوَايَتَيْنِ: قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى: أَظْهَرُهُمَا لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ. وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي الثَّانِي: إِنْ فَعَلَهُ الْوَصِيُّ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ لَمْ يَضْمَنْ وَإِنْ فَعَلَهُ بِدُونِ إِذْنِهِ ضَمِنَ.

وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى الْوَرَثَةُ عَبْدًا مِنَ التَّرَكَةِ وَاعْتَقُوهُ تَنْفِيذًا لَوْصِيَّةٍ مُورِثِهِمْ بِذَلِكَ ثُمَّ ظَهَرَ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ فَلَهُمْ يَضْمَنُونَ لِلْغُرْمَاءِ ذِكْرَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ بِإِنْتِفَاءِ الضَّمَانِ مِنْ مَسْأَلَةِ الْوَصِيِّ.

وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى الْمُضْطَارِبُ مَنْ يَعْتَقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ بَغَيْرِ إِذْنِهِ صَحَّ وَعَتَقَ عَلَيْهِ، وَهَلْ يَضْمَنُهُ الْعَامِلُ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: يَضْمَنُ بِكُلِّ حَالٍ سِوَاءِ كَانَ عَالِمًا بِالْحَالِ أَوْ جَاهِلًا قَالَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَأَبُو الْخَطَّابِ.

وَالثَّانِي: إِنْ كَانَ جَاهِلًا لَمْ يَضْمَنْ وَإِنْ كَانَ عَالِمًا ضَمِنَ كَمَا لَوْ عَامَلَ فَاسِقًا أَوْ مُمَاطِلًا أَوْ سَافَرَ سَفَرًا مَخُوفًا أَوْ دَفَعَ الْوَصِيُّ أَوْ أَمِينُ الْحَاكِمِ مَالَ الْيَتِيمِ مُضَارَبَةً إِلَى مَنْ ظَاهَرَهُ الْعَدَالَةُ فَبَانَ بِخِلَافِهِ فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ إِلَّا مَعَ الْعِلْمِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَالثَّلَاثُ: لَا ضَمَانَ بِكُلِّ حَالٍ حَكَاهُ أَبُو بَكْرٍ عَلَى الضَّمَانِ هَلْ يَضْمَنُهُ بِالثَّمَنِ الْمُشْتَرَى أَوْ بِقِيَمَةِ الْمِثْلِ وَيَكُونُ الضَّمَانُ فِي الرِّبْحِ الزَّائِدِ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا أَبُو بَكْرٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا دَفَعَ الْقَصَّارُ ثَوْبَ رَجُلٍ إِلَى غَيْرِهِ خَطَأً فَتَصَرَّفَ فِيهِ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ بِقَطْعِ أَوْ لُبْسِ يَظُنُّهُ ثَوْبُهُ فَفَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ فِي قَصَّارٍ أَبْدَلَ الثَّوْبَ فَأَخَذَهُ صَاحِبُهُ فَقَطَعَهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ ثَوْبُهُ، قَالَ: عَلَى الْقَصَّارِ إِذَا أَبْدَلَ، قِيلَ لَهُ: فَإِنْ كَانَ مَالًا فَأَنْفَقَهُ؟ قَالَ: ثَمَنُ هَذَا مِثْلُ الْمَالِ عَلَى الَّذِي أَنْفَقَهُ، لِأَنَّهُ مَالٌ تَلَفَ، فَفَرَّقَ بَيْنَ الْمَالِ إِذَا انْفَقَ وَتَلَفَ وَبَيْنَ الثَّوْبِ إِذَا قُطِعَ، لِأَنَّ الْعَيْنَ هُنَا مَوْجُودَةٌ فَيُمْكِنُ الرُّجُوعُ فِيهَا وَيَضْمَنُ نَقْصَهَا الْقَصَّارُ لِجِنَايَتِهِ خَطَأً. وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّ لَا شَيْءَ عَلَى الْقَاطِعِ، لِأَنَّهُ مَعْرُورٌ وَلَمْ يَدْخُلْ عَلَى [الضَّمَانِ]. أَمَّا إِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ دَرَاهِمَ غَيْرِهِ يَظُنُّهُ صَاحِبُهَا فَأَنْفَقَهَا فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُتَّفِقِ وَإِنْ كَانَ مَعْرُورًا لِتَلَفِ الْمَالِ تَحْتَ يَدِهِ

بِإِثْفَاعِهِ بِهِ وَذَلِكَ مُقَرَّرٌ لِلضَّمَانِ مَعَ الْيَدِ عَلَى إِحْدَى الرَّوَائِيَيْنِ، وَنَقَلَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَكَمِ عَنْ أَحْمَدَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ اللَّهُ ذَكَرَ لَهُ قَوْلَ مَالِكٍ: لَا يَغْرَمُ الَّذِي لَبِسَهُ وَيَغْرَمُ الْغَسَّالُ لِصَاحِبِ الثَّوبِ فَقَالَ: لَا يُعْجِزُنِي مَا قَالَ: وَلَكِنْ إِذَا هُوَ لَمْ يَعْلَمْ فَلَبِسَهُ فَإِنَّ عَلَيْهِ مَا نَقَصَ لَيْسَ عَلَى الْقَصَّارِ شَيْءٌ فَأَوْجِبَ هُنَا الضَّمَانُ عَلَى اللَّائِسِ لِاسْتِيفَائِهِ الْمَنْفَعَةَ دُونَ الدَّافِعِ بِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَمَّدَ الْجَنَائَةَ فَكَانَ إِحَالَةُ الضَّمَانِ عَلَى الْمُسْتَوْفِي لِلتَّنَعُّعِ أَوَّلًا وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ تُوَافِقُ مَا قَبَلَهَا فِي تَقْرِيرِ الضَّمَانِ عَلَى الْمُتَنَفِّعِ لَا سِيَّمَا وَالدَّافِعُ هُنَا مَعْدُورٌ وَإِنَّمَا ضَمِنَ الْقَصَّارُ الْقَطْعَ، لِأَنَّهُ تَلَفٌ لَمْ يَحْدُثْ مِنْ انْتِفَاعِ الْقَابِضِ، فَكَانَ ضَمَانُهُ عَلَى الدَّافِعِ لِنِسْبَتِهِ إِلَيْهِ، فَالرَّوَائِيَتَانِ إِذَا مَتَّفِقَتَانِ وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ جَعَلَهُمَا مُخْتَلِفَتَيْنِ فِي أَنَّ الضَّمَانَ هَلْ هُوَ عَلَى الْقَصَّارِ أَوْ الْمَدْفُوعِ إِلَيْهِ، ثُمَّ مِنْهُمْ مَنْ حَمَلَ رَوَايَةَ ضَمَانِ الْقَصَّارِ عَلَى أَنَّهُ كَانَ أَجِيرًا مُشْتَرِكًا فَيُضْمَنُ جَنَائَةَ يَدِهِ، وَرَوَايَةَ عَدَمِ ضَمَانِهِ عَلَى أَنَّهُ كَانَ أَجِيرًا خَاصًّا فَلَا يَضْمَنُ جَنَائَتَهُ مَا لَمْ يَتَعَمَّدَهَا، وَأَشَارَ الْقَاضِي إِلَى ذَلِكَ فِي الْمُجَرَّدِ.

وَمِنْهَا: لَوْ دَفَعَ الْمُتَلَقِّطُ اللَّقْطَةَ إِلَى وَاصِفِهَا ثُمَّ أَقَامَ غَيْرُهُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا لَهُ، فَإِنْ كَانَ الدَّفْعُ بِحُكْمِ حَاكِمٍ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الدَّافِعِ وَإِنْ كَانَ بِدُونِهِ فَوْجَهُانِ:
أَحَدُهُمَا: لَا ضَمَانَ لَوْ جُوبِ الدَّافِعِ عَلَيْهِ فَلَا يُنْسَبُ إِلَى تَقْرِيطِهِ.

وَالثَّانِي: عَلَيْهِ الضَّمَانُ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي، ثُمَّ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْوَاصِفِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ أَقَرَّ بِهِ بِالْمَلِكِ، أَمَّا لَوْ دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ يَطْنُهَا صَاحِبُهَا ثُمَّ تَبَيَّنَ الْخَطَأَ فَقَالَ الْأَصْحَابُ: يَضْمَنُ لِتَقْرِيطِهِ. وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّ الضَّمَانَ عَلَى الْمُتَلَقِّطِ وَحْدَهُ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا نَقَلَهُ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ فِي مَسْأَلَةِ الْقَصَّارِ

وَلَوْ قَتَلَ مَنْ يَطْنُهَا قَاتِلَ أَبِيهِ لِاسْتِبَاحِهِ بِهِ فِي الصُّورَةِ قُتِلَ بِهِ لِتَقْرِيطِهِ فِي اجْتِهَادِهِ ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي مُفْرَدَاتِهِ. وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّ لَا قَوْلَ وَأَنَّهُ يَضْمَنُ بِالْذِّبَةِ كَمَا لَوْ قَطَعَ يَسَارَ قَاطِعٍ يَمِينَهُ ظَانًّا أَنَّهَا الْيَمِينُ فَإِنَّهُ لَا قَوْلَ وَسَوَاءٌ كَانَ الْجَانِي عَاقِلًا أَوْ مَجْنُونًا وَفِي وَجُوبِ الذِّبَةِ وَجْهَانِ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَضَى عَلَى الْمَفْقُودِ زَمَنٌ تَجَوَّزَ فِيهِ قِسْمَةُ مَالِهِ فَقَسَمَ ثُمَّ قَدِمَ فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ أَبَا بَكْرٍ حَكَى فِي ضَمَانِ مَا تَلَفَ فِي أَيْدِي الْوَرَثَةِ مِنْهُ رَوَاتِبَيْنِ، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ وَأَبْنِ مَتَّصُورٍ وَأَبِي دَاوُدَ عَدَمُ الضَّمَانِ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ،

وَوَجْهَهُ أَنَّهُ جَازَ اقْتِسَامُ الْمَالِ فِي الظَّاهِرِ وَالتَّصَرُّفُ فِيهِ، وَلِهَذَا يُبَاحُ لِزَوْجَتِهِ أَنْ تَتَزَوَّجَ^(١) وَإِذَا قَدِمَ خَيْرٌ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْمَهْرِ فَجَعَلَ التَّصَرُّفُ فِيهَا يَمْلِكُهُ مِنْ مَالٍ وَيُضَعُ مَوْقُوفًا عَلَى تَنْفِيذِهِ وَإِجَازَتِهِ مَا دَامَ مَوْجُودًا فَإِذَا تَلَفَ فَقَدْ مَضَى الْحُكْمُ فِيهِ وَتَفَدَّ فَإِنَّ إِجَازَتَهُ وَرَدَّهُ إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِالْمَوْجُودِ لَا بِالْمَفْقُودِ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ أَبِي طَالِبٍ عَلَى أَنَّهُ إِذَا قَدِمَ بَعْدَ أَنْ تَزَوَّجَتْ زَوْجَتُهُ وَمَاتَتْ فَلَا خِيَارَ لَهُ وَلَا يَرِثُهَا، وَيَشْبَهُ ذَلِكَ اللَّقْطَةُ إِذَا قَدِمَ الْمَالِكُ بَعْدَ الْحَوْلِ وَالتَّمْلِكِ وَقَدْ تَلَفَتْ فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَجِبُ ضَمَانُهَا لِلْمَالِكِ وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى رِوَايَةً أُخْرَى أَنَّهُ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ مَعَ التَّلَفِ وَإِنَّمَا يَجِبُ الرَّدُّ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَبِضَتْ الْمُطَلَّعَةُ الْبَائِنُ النَّفَقَةَ يُظَنُّ أَنَّهَا حَامِلٌ ثُمَّ بَانَتْ حَامِلًا فِيهِ الرُّجُوعُ عَلَيْهَا رَوَاتَانِ.

وَمِنْهَا: لَوْ غَابَ الزَّوْجُ فَأَنْفَقَتْ الزَّوْجَةُ مِنْ مَالِهِ ثُمَّ تَبَيَّنَ مَوْتُهُ فَهَلْ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِمَا أَنْفَقَتْهُ بَعْدَ الْمَوْتِ عَلَى رَوَاتَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ دَفَعَ زَكَاتُهُ أَوْ كَفَّارَتُهُ إِلَى مَنْ يَطْنُهُ فَقِيرًا فَبَانَ أَنَّهُ غَنِيٌّ فِيهِ جُوبِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ رَوَاتَانِ أَصَحُّهُمَا أَنَّ لَا ضَمَانَ وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْعَامِلُ هُوَ الدَّافِعُ قَالَهُ الْقَاضِي فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ. وَقَالَ فِي الْمَجَرَّدِ: لَا يَضْمَنُ الْإِمَامُ بَغَيْرِ خِلَافٍ، لِأَنَّهُ آمِنٌ وَلَمْ يُفَرِّطْ، لِأَنَّ هَذَا لَا يُمَكِّنُ الْاِحْتِرَازَ مِنْهُ، وَإِنْ بَانَ عَبْدًا أَوْ كَافِرًا أَوْ هَاشِمِيًّا فَقِيلَ هُوَ عَلَى الْخِلَافِ وَبِهِ جَزَمَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فِتْنَتِهِ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي آخِرِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إِلَّا أَنَّهُ خَرَجَ الْخِلَافُ فِي الضَّمَانِ هُنَا عَلَى الْقَوْلِ بَعْدَمِهِ فِي الْمُغْنِيِّ، وَقِيلَ: لَا يُجْزئُهُ رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ لِظُهُورِ التَّهْرِيطِ فِي الْاجْتِهَادِ فَإِنَّ هَذِهِ الْأَوْصَافَ لَا تَخْفَى بِخِلَافِ الْغَنِيِّ وَإِنْ بَانَ أَنَّهُ بِسَبَبِ نَفْسِهِ فَطَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يُجْزئُهُ قَوْلًا وَاحِدًا كَمَا لَوْ بَانَ أَنَّهُ عِنْدَ نَفْسِهِ. وَالثَّانِي: هُوَ لَوْ بَانَ غَنِيًّا وَالْمَنْصُوصُ هَاهُنَا الْإِجْزَاءُ، لِأَنَّ الْمَانِعَ خَشْيَةُ الْمُحَابَاةِ وَهُوَ مُتَّفَعٌ مَعَ عَدَمِ الْعِلْمِ. قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: وَعَلَى قِيَاسِ ذَلِكَ مَالُ الْفَيءِ وَالْخُمْسِ، وَالْأَمْوَالُ الْمُوصَى بِهَا،

(١) فإذا تزوجت ثم قدم زوجها فرق بينها وبين زوجها الآخر، فإن كان قد دخل بها كان لها الصداق، بما استحل من فرجها الأقل مما سمي لها ومن صداق مثلها، فتعتد ثلاث حيضات ثم ترجع إلى زوجها الأول.

وقال أهل المدينة أنه إن أدرك امرأته قبل أن تتزوج كان أحق بها، وإن كانت تزوجت فلا سبيل له عليها دخل بها الآخر ولم يدخل، ولا مهر لها عليه ولا على زوجها الآخر وهي امرأة الآخر. ودليل الأولون: قضاء عمر رضي الله عنه، والآخرون: قضاء علي رضي الله عنه، وهو الراجح لرجوع عمر رضي الله عنه عن قوله إلى قول علي رضي الله عنه. الحجة (٥١/٤) وما بعدها.

وَالْمَوْقُوفَةُ إِذَا ظَنَّ الْمُتَصَرِّفُ فِيهَا أَنَّ الْأَخْذَ مُسْتَحَقٌّ فَأَخْطَأَ.

* * *

القاعدة السادسة والتسعون:

مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ آدَاءُ عَيْنٍ مَالٍ فَأَدَّاهُ عَنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ هَلْ تَقَعُ مَوْقِعُهُ وَيَتَنَهَى الضَّمَانُ عَنِ الْمُؤَدِّي؟ هَذَا عَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ تَكُونَ الْعَيْنُ مِلْكًا لِمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْآدَاءُ وَقَدْ تَعَلَّقَ بِهَا حَقٌّ لِلْغَيْرِ فَإِنْ كَانَ الْمُتَصَرِّفُ لَهُ وَلَايَةُ التَّصَرُّفِ وَقَعَ الْمَوْقِعُ وَلَا ضَمَانُ، وَلَوْ كَانَ الْوَاجِبُ دَيْنًا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَايَةُ فَإِنْ كَانَتْ الْعَيْنُ مُمْتَزِةً بِنَفْسِهَا فَلَا ضَمَانُ وَيُجْزَى، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُمْتَزِةً مِنْ بَقِيَّةِ مَالِهِ ضَمِنَ وَلَمْ يُجْزَى إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْمَالِكُ التَّصَرُّفَ فَقَوْلُ بَوْقَفِ عَقُودِ الْفُضُولِيِّ عَلَى الْإِجَازَةِ وَيَتَفَرَّعُ عَلَى هَذَا مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ امْتَنَعَ مِنْ وِفَاءِ دَيْنِهِ وَلَهُ مَالٌ قَبَاعَ الْحَاكِمِ مَالَهُ وَوَفَّاهُ عَنْهُ صَحَّ وَبَرَأَ مِنْهُ وَلَا ضَمَانُ.

وَمِنْهَا: لَوْ امْتَنَعَ مِنْ آدَاءِ الزَّكَاةِ فَأَخَذَهَا الْإِمَامُ مِنْهُ قَهْرًا فَإِنَّهُ تُجْزَى عَنْهُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا فِي أَصَحِّ الْوُجْهِينَ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ وَالْخَرَقِيِّ، لِأَنَّ لِلْإِمَامِ وَلَايَةً عَلَى الْمُمْتَنِعِ وَهَذَا حَقٌّ تَدْخُلُهُ النَّيَابَةُ فَوْقَ مَوْقِعِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَعَدَّرَ اسْتِثْنَاؤُ مَنْ وَجِبَتْ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ لِغَيْبِهِ أَوْ حَبْسِهِ فَأَخَذَ السَّاعِي الزَّكَاةَ مِنْ مَالِهِ سَقَطَتْ عَنْهُ.

وَمِنْهَا: وَلِكُلِّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ يُخْرِجُ عَنْهُمَا الزَّكَاةَ وَيُجْزَى كَمَا يُؤَدِّي عَنْهُمَا سَائِرَ الْوَاجِبَاتِ الْمَالِيَّةِ مِنَ التَّقَاتِ وَالْغَرَامَاتِ.

وَمِنْهَا: إِذَا عَيْنٌ أَضْحِيَّةٌ فَلَذَبْحَهَا غَيْرُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ أَجْزَأَتْ عَنْ صَاحِبِهَا، وَلَمْ يَضْمَنْ الدَّابِحُ شَيْئًا نَصَّ عَلَيْهِ، لِأَنَّهَا مُعَيَّنَةٌ لِلذَّبْحِ مَا لَمْ يَبْدُلْهَا وَإِرَاقَةُ دَمِهَا وَاجِبٌ. فَالذَّبْحُ قَدْ عَجَّلَ الْوَاجِبَ فَوْقَ مَوْقِعِهِ وَلَا فَرْقَ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ مُعَيَّنَةً ابْتِدَاءً أَوْ عَنِ الْوَاجِبِ فِي الذَّمِّ، وَفَرْقَ صَاحِبِ التَّلْخِصِ بَيْنَ مَا وَجِبَ فِي الذَّمِّ وَغَيْرِهِ. وَقَالَ: الْمُعَيَّنَةُ عَنْهَا فِي الذَّمِّ يُشْتَرَطُ لَهَا نِيَّةُ الْمَالِكِ غَيْرُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَقَالَ عِنْدَ الدَّبْحِ: فَلَا يُجْزَى ذَبْحُ غَيْرِهِ لَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَيَضْمَنُ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَحْرَمَ وَفِي يَدِهِ الْمُشَاهَدَةُ صَيْدٌ فَأَطْلَقَهُ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ لَا يَضْمَنُ، لِأَنَّهُ فَعَلَ

الوَاجِبَ عَلَيْهِ كَمَا لَوْ أَدَّى عَنْهُ دَيْنُهُ فِي هَذَا الْحَالِ وَفِي الْمُبْهَجِ لِلشِّرَازِيِّ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ، لِأَنَّ مِلْكَهُ لَمْ يَزَلْ عَنْهُ وَإِرْسَالُ الْغَيْرِ إِتْلَافٌ يُوجِبُ الضَّمَانَ فَهُوَ كَقَتْلِهِ اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُرْسِلُ حَاكِمًا أَوْ وَلِيًّا صَبِيًّا فَلَا ضَمَانَ لِلْوَلَايَةِ وَهَذَا كُلُّهُ بِنَاءً عَلَى قَوْلِنَا يَجِبُ [عَلَيْهِ] إِرْسَالُهُ وَالْحَافَةُ بِالْوَحْشِ وَهُوَ الْمَنْصُوصُ، أَمَّا إِنْ قُلْنَا: يَجُوزُ لَهُ تَقْلُّ يَدِهِ إِلَى غَيْرِهِ بِإِعَارَةٍ أَوْ إِبْدَاعٍ كَمَا قَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي بَابِ الْعَارِيَةِ فَالضَّمَانُ وَاجِبٌ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ نَذَرَ الصَّدَقَةَ بِمَالٍ مُعَيَّنٍ فَتَصَدَّقَ بِهِ عَنْهُ غَيْرُهُ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ كَالْأَضْحِيَّةِ وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ سَوَاءً قِيلَ بِزَوَالِ مِلْكِهِ أَوْ امْتِنَاعِ الْإِبْدَالِ كَمَا [لَوْ] اخْتَارَهُ أَوْ بَقَاءِ الْمَلِكِ وَجَوَازِ الْإِبْدَالِ إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَ الدَّرَاهِمِ الْمَنْدُورَةِ وَبَيْنَ الْأَضْحِيَّةِ [فِي ذَلِكَ].

الثَّانِي: الضَّمَانُ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَأَبْنِ عَقِيلٍ وَيُشْكَلُ الْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَضْحِيَّةِ. لَا سِيمًا وَالْمَقْبُولُ لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فِي الْعُقُودِ عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ بِخِلَافِ الْحَيَوَانِ، وَقَدْ يُقَالُ فِي الْفَرْقِ: إِنَّ الْأَضْحِيَّةَ إِنَّمَا يَجُوزُ إِبْدَالُهَا بِخَيْرٍ مِنْهَا وَالْعُقُودُ مُتَسَاوِيَةٌ غَالِبًا فَلَا مَعْنَى لِلْإِبْدَالِهَا، وَقَدْ أَشَارَ الْقَاضِي إِلَى الْفَرْقِ بِأَنَّ النَّذْرَ يَحْتَاجُ إِخْرَاجَهُ إِلَى نِيَّةِ كَالزَّكَاةِ وَهَذَا مَمْنُوعٌ بَلْ نَقُولُ فِي نَذْرِ الصَّدَقَةِ بِالْمُعَيَّنِ مَا نَقُولُ فِي الْأَضْحِيَّةِ الْمُعَيَّنَةِ.

وَأَمَّا إِذَا أَدَّى غَيْرُهُ زَكَاتَهُ الْوَاجِبَةَ مِنْ مَالِهِ أَوْ نَذَرَهُ الْوَاجِبَ فِي الذَّمَّةِ أَوْ كَفَّارَتَهُ مِنْ مَالِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ حَيْثُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ فِي الْمَشْهُورِ، لِأَنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِهِ فَرَضُ الْمَالِكِ لِفَوَاتِ النِّيَّةِ الْمُعْتَبَرَةِ مِنْهُ وَمِمَّنْ يَقُومُ مَقَامَهُ، وَخَرَجَ الْأَصْحَابُ نَقُودَهُ بِالْإِجَازَةِ مِنْ نَقُودٍ تَصَرَّفَ الْفُضُولِيُّ [بِهَا]. وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي الْعِبَادَاتِ كَالزَّكَاةِ وَالْأَضْحِيَّةِ وَالنَّذْرِ إِنَّمَا هُوَ إِذَا نَوَاهُ الْمُخْرَجُ عَنِ الْمَالِكِ فَأَمَّا إِنْ نَوَى عَنْ نَفْسِهِ وَكَانَ عَالِمًا بِالْحَالِ فَهُوَ غَاصِبٌ مَحْضٌ فَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ لِنَفْسِهِ بِإِدَاءِ الزَّكَاةِ وَلَا بِذَبْحِ الْأَضْحِيَّةِ وَالْهَدْيِ وَلَا غَيْرِهِمَا، لِأَنَّهُ وَقَعَ مِنْ أَصْلِهِ تَعَدُّيًا وَذَلِكَ يَنَافِي التَّقَرُّبَ. وَخَرَجَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ وَجْهًا ذَكَرَهُ بَعْضُهُمْ رَوَايَةً فِي الزَّكَاةِ وَخَرَجَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَجْهًا فِي الْعَتَقِ لَكِنْ إِذَا التَّزَمَ ضَمَانَهُ فِي مَالِهِ وَهَذَا شَيْءٌ يَتَصَرَّفُ الْفُضُولِيُّ، وَهَلْ يُجْزَى عَنِ الْمَالِكِ فِي هَذِهِ الْحَالِ أَمْ لَا، حَكَى الْقَاضِي فِي الْأَضْحِيَّةِ رَوَايَتَيْنِ وَالصَّوَابُ أَنَّ الرُّوَايَتَيْنِ تَنْتَزِلَانِ عَلَى اخْتِلَافِ حَالَتَيْنِ لَا عَلَى اخْتِلَافِ قَوْلَيْنِ فَإِنْ نَوَى الذَّابِحُ بِالذَّبْحِ عَنْ نَفْسِهِ مَعَ عِلْمِهِ بِأَنَّهَا أَضْحِيَّةٌ الْغَيْرِ لَمْ يُجْزَى لِنَعْيِهِ

وَأَسْتَيْلَاهُ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ وَإِتْلَافِهِ لَهُ عُدُونًا، وَإِنْ كَانَ يَظُنُّ الذَّابِحُ أَنَّهَا أَضْحِيَّةٌ لَا شَبَاهَهَا عَلَيْهِ أَجْزَأَتْ عَنْ الْمَالِكِ. وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى الصُّورَتَيْنِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَسِنْدِي مُفْرَقًا بَيْنَهُمَا مُصَرِّحًا بِالتَّعْلِيلِ الْمَذْكُورِ وَكَذَلِكَ الْخِلَالُ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَعَقَدَ لَهُمَا بَابَيْنِ مُتَفَرِّدَيْنِ فَلَا يَصِحُّ التَّسْوِيَةُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَمَتَى قِيلَ بِعَدَمِ الْإِجْزَاءِ فَعَلَى الذَّابِحِ الضَّمَانُ لَكِنْ هَلْ يَضْمَنُ أَرْضَ الذَّابِحِ أَوْ كَمَالَ الْقِيَمَةِ؟ أَمَّا عَلَى رِوَايَةِ تَحْرِيمِ ذَبِيحَةِ الْغَاصِبِ فَضَمَانُ الْقِيَمَةِ مُتَعَيَّنٌ، وَعَلَى الْقَوْلِ بِالْحِلِّ وَهُوَ الْمَشْهُورُ، فَقَدْ يُقَالُ: إِنْ كَانَتْ مُعَيَّنَةً عَنْ وَاجِبٍ فِي الذَّمَّةِ فَحُكْمُ هَذَا الذَّابِحِ حُكْمُ عَطِيَّهَا وَإِذَا عَطِيَتْ فَهَلْ تَرْجِعُ إِلَى مِلْكِهِ عَلَى رِوَايَتَيْنِ فَإِنْ قِيلَ: بِرُجُوعِهَا إِلَى مِلْكِهِ فَعَلَى الذَّابِحِ أَرْضُ نَقْصِ الذَّابِحِ خَاصَّةً وَإِنْ قِيلَ لَا يَرْجِعُ إِلَى مِلْكِهِ فَالذَّابِحُ حَيْثُوهُ بِمَنْزِلَةِ إِتْلَافِهَا بِالْكُلِّيَّةِ فَيَضْمَنُ الْجَمِيعَ وَيَشْتَرِي الْمَالِكُ بِالْقِيَمَةِ مَا يَذْبَحُهُ عَنْ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ وَيَصْرِفُ الْكُلَّ مَصْرُفَ الْأَضْحِيَّةِ وَإِنْ كَانَتْ مُعَيَّنَةً ابْتِدَاءً أَوْ تَطَوُّعًا فَقَدْ فَوَّتَ عَلَى الْمَالِكِ التَّقَرُّبَ بِهَا. وَكَوْنُهَا أَضْحِيَّةً أَوْ هَدِيًّا لَكِنْ عَلَى وَجْهِ لَا يُلْزِمُهُ بَدْلُهَا فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِلَحْمِهَا كَالْعَاطِيبِ دُونَ مَحَلِّهِ، وَيَأْخُذُ أَرْضَ الذَّابِحِ مِنَ الذَّابِحِ وَيَتَصَدَّقَ بِهِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَضْمَنَهُ قِيَمَتَهَا وَهُوَ أَظْهَرُ، لِأَنَّهُ فَوَّتَ عَلَيْهَا التَّقَرُّبَ بِهَا عَلَى وَجْهِ لَا يَعُودُ إِلَيْهِ مِنْهَا شَيْءٌ فَهُوَ كِإِتْلَافِهَا وَأَمَّا إِذَا فَرَّقَ الْأَجْنَبِيُّ اللَّحْمَ فَقَالَ الْأَصْحَابُ لَا يُجْزِئُ، لِأَنَّ أَحْمَدَ قَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ: فِيمَا إِذَا ذَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ أَضْحِيَّةً الْآخَرَ يَعْتَقِدُ أَنَّهُمَا يَتَرَادَاَنِ اللَّحْمَ، قَالُوا: وَإِنْ تَلَفَ فَعَلَيْهِ ضَمَانُ قِيَمَتِهِ وَأَبْدَى ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُتُونِهِ احْتِمَالًا بِالْإِجْزَاءِ، لِأَنَّ التَّقْرِقَةَ لَيْسَتْ وَاجِبَةً عَلَى الْمَالِكِ بِدَلِيلٍ مَا لَوْ ذَبَحَهَا فَسَرِقَتْ، وَيَشْهَدُ لَهُ قَوْلُ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ الْمُرُودِيِّ وَغَيْرِهِ فِي رَجُلٍ اشْتَرَى لِقَوْمٍ نُسْكًَا فَاشْتَرَى لِكُلِّ وَاحِدٍ شَاةً ثُمَّ لَمْ يَعْرِفْ هَذِهِ مِنْ هَذِهِ، قَالَ: يَتَرَاضِيَانِ وَيَتَحَالَاَنِ وَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ شَاةً بَعْدَ التَّحْلِيلِ فَذَلِكَ عَلَى أَنَّ التَّفْرِيقَ إِذَا وَقَعَ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ وَلَا تَعَمُّلٍ أَنَّهُ يُجْزِئُ وَلَوْ لَا ذَلِكَ لَمْ تَجْزُ التَّضْحِيَّةُ بِهِذِهِ الْأَضْحِيَّةِ الْمُشْتَبِهَةِ، وَقَدْ يَكُونُ عَنْ وَاجِبٍ فِي الذَّمَّةِ وَيَحْتَمِلُ قَوْلُهُ يَتَرَادَاَنِ اللَّحْمَ مَعَ بَقَائِهِ.

الْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ الْوَاجِبُ أَدَاؤُهُ غَيْرَ مَمْلُوكٍ لَهُ فَأَدَاؤُهُ الْغَيْرُ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ فَإِنْ كَانَ مُسْتَحِقُّهُ مُعَيَّنًا فَإِنَّهُ يُجْزِئُ وَلَا ضَمَانَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعَيَّنًا فَفِي الْإِجْزَاءِ خِلَافٌ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الْمَغْصُوبُ وَالْوَدَائِعُ إِذَا أَدَاَهَا أَجْنَبِيٌّ إِلَى الْمَالِكِ أَجْزَأَتْ وَلَا ضَمَانَ.
وَمِنْهَا: إِذَا اصْطَادَ الْمُحْرِمُ صَيْدًا فِي إِحْرَامِهِ فَأَرْسَلَهُ غَيْرُهُ مِنْ يَدِهِ فَلَا ضَمَانَ.

وَمِنْهَا: [إِذَا] دَفَعَ أَجْنَبِيٌّ عَيْنًا مُوصَىٰ بِهَا إِلَىٰ مُسْتَحِقٍّ مُعَيَّنٍ لَمْ يَضْمَنْ وَوَقَعَتْ مَوْفَعَهَا، وَكَذَا لَوْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِمَالٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ بَلْ مُقَدَّرٍ وَإِنْ كَانَتْ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ فَفِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ وَنَصٌّ أَحْمَدٌ فِي رَوَايَةِ حَنْبَلٍ فِيمَنْ بِيَدِهِ وَدِيعةٌ وَصَّىٰ بِهَا الْمُعَيَّنُ أَنَّ الْمُودِعَ يَدْفَعُهَا إِلَىٰ الْمُوصَىٰ لَهُ وَالْوَرِثَةَ قِيلَ لَهُ: فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَىٰ الْمُوصَىٰ لَهُ يَضْمَنْ؟ قَالَ: أَخَافُ، قِيلَ لَهُ: فَيُعْطِيهِ الْقَاضِي؟ قَالَ: لَا وَلَكِنْ يَدْفَعُهُ إِلَيْهِمْ. وَنَصٌّ فِي رَوَايَةٍ مَهْنًا ضَمَانُهُ بِالْدَفْعِ إِلَىٰ الْمُوصَىٰ وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَىٰ أَنَّهُ لَمْ تَثْبُتِ الْوَصِيَّةُ ظَاهِرًا، وَصَرَّحَ الْأَصْحَابُ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَوَصَّىٰ بِهِ صَاحِبُهُ لِمُعَيَّنٍ كَانَ مُخِيرًا فِي دَفْعِهِ إِلَىٰ الْوَرِثَةِ وَالْمُوصَىٰ لَهُ، لِأَنَّهُ صَارَ حَقًّا لَهُ فَهُوَ كَالْوَارِثِ الْمُعَيَّنِ وَعَلَىٰ هَذَا يَتَخَرَّجُ دَفْعُ مَالِ الْوَقْفِ إِلَىٰ مُسْتَحِقِّهِ الْمُعَيَّنِ مَعَ وُجُودِ النَّظَرِ فِيهِ.

* * *

القاعدة السابعة والتسعون:

مَنْ بِيَدِهِ مَالٌ أَوْ فِي ذِمَّتِهِ دَيْنٌ يَعْرِفُ مَالَكُهُ وَلَكِنَّهُ غَائِبٌ يُرْجَىٰ قُدُومُهُ، فَلَيْسَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِدُونِ إِذْنِ الْحَاكِمِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَأْفَهًُا فَلَهُ الصَّدَقَةُ بِهِ عَنْهُ، نَصٌّ عَلَيْهِ فِي مَوَاضِعَ، وَإِنْ كَانَ قَدْ آيَسَ مِنْ قُدُومِهِ بِأَنْ مَضَتْ مُدَّةٌ يَجُوزُ فِيهَا أَنْ تُزَوَّجَ أَمْرَأَتُهُ وَيُقَسَّمُ مَالُهُ وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ فَهَلْ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي مَالِهِ بِدُونِ إِذْنِ الْحَاكِمِ؟ قَدْ يَتَخَرَّجُ عَلَىٰ وَجْهَيْنِ أَصْلُهُمَا الرُّوَايَتَانِ فِي أَمْرَةِ الْمَقْضُودِ هَلْ تَتَزَوَّجُ بِدُونِ الْحَاكِمِ أَمْ لَا؟ فِي رَوَايَةٍ صَالِحِ جَوَازِ التَّصَدَّقِ بِهِ وَلَمْ يُعَيَّنْ حَاكِمًا. وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ مَالَكُهُ بَلْ جَهْلٌ جَازَ التَّصَدَّقُ بِهِ عَنْهُ لَشَرْطِ الضَّمَانِ بِدُونِ إِذْنِ الْحَاكِمِ قَوْلًا وَاحِدًا عَلَىٰ أَصَحِّ الطَّرِيقَيْنِ وَعَلَىٰ الثَّانِيَةِ فِيهِ رَوَايَتَانِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الرُّوَايَتَيْنِ وَفِي مَوْضِعٍ مِنَ الْمَجَرَّدِ وَجَزَمَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنْهُ بِتَوْقُفِ التَّصَرُّفِ عَلَىٰ إِذْنِ الْحَاكِمِ وَالْأُولَىٰ أَصَحُّ وَيَتَخَرَّجُ عَلَىٰ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: اللَّقْطَةُ الَّتِي لَا تَمْلِكُ إِذَا أَخْرَنَّا الصَّدَقَةَ بِهَا أَوْ الَّتِي يُخْشَىٰ فَسَادُهَا إِذَا أَرَادَ التَّصَدَّقَ بِهَا فَالْمَنْصُوصُ جَوَازُ الصَّدَقَةِ بِهَا مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ رَوَايَةَ أُخْرَىٰ أَنَّهُ إِنْ كَانَ يَسِيرًا بَاعَهُ وَتَصَدَّقَ بِهِ وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا رَفَعَهُ إِلَىٰ السُّلْطَانِ وَقَالَ: نَقَلَهَا مَهْنًا، وَرَوَايَةٌ مَهْنًا، إِنَّمَا هِيَ فِيمَنْ بَاعَ مِنْ رَجُلٍ شَيْئًا ثُمَّ مَاتَ الْمُشْتَرِي قَبْلَ قَبْضِهِ وَخَشِيَ الْبَائِعُ فَسَادَهُ وَهَذَا مِمَّا لَهُ مَالِكٌ مَعْرُوفٌ وَيُمْكِنُ الْإِطْلَاعُ عَلَىٰ مَعْرِفَةِ وَرَثَتِهِ فَلَيْسَتْ الْمَسْأَلَةُ، نَبَهَ عَلَىٰ ذَلِكَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَمِنْهَا: اللَّقِيطُ إِذَا وَجِدَ مَعَهُ مَالٌ فَإِنَّهُ يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْهُ بِدُونِ إِذْنِ حَاكِمٍ ^(١) ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِلٍ قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ وَرَوَى عَنْهُ أَبُو الْحَارِثِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُنْفِقُ عَلَيْهِ إِلَّا بِإِذْنِ حَاكِمٍ، قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ إِنَّمَا هِيَ فِي الْمَوْدِعِ أَنَّهُ لَا يُنْفِقُ عَلَى زَوْجِهِ الْمُسْتَوْدِعِ وَأَهْلِهِ فِي غَيْبَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِ الْحَاكِمِ وَلَيْسَ هَذَا نَظِيرُ مَسْأَلَتِنَا، لِأَنَّ الْوِلَايَةَ هُنَا عَلَى مَعْرُوفٍ فَنَظِيرُهُ مَنْ وَجَدَ طِفْلاً مَعْرُوفَ النَّسَبِ أَبُوهُ غَائِبٌ.

وَمِنْهَا: الرَّهُونُ الَّتِي لَا تُعْرَفُ أَهْلُهَا نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى جَوَازِ الصَّدَقَةِ بِهَا فِي رَوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ وَأَبِي الْحَارِثِ وَغَيْرِهِمَا وَتَأَوَّلَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ عَلَى أَنَّهُ تَعَذَّرَ إِذْنُ الْحَاكِمِ لِمَا رَوَى عَنْهُ أَبُو طَالِبٍ أَيْضًا إِذَا كَانَ عِنْدَهُ رَهْنٌ وَصَاحِبُهُ غَائِبٌ وَخَافَ فَسَادَهُ يَأْتِي السُّلْطَانُ لِأَمْرِ بَيْعِهِ وَلَا يَبِيعُهُ بغيرِ إِذْنِ السُّلْطَانِ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ وَغَيْرُهُ وَأَقْرَأُوا النَّصُوصَ عَلَى وَجْهِهَا فَإِنْ كَانَ الْمَالِكُ مَعْرُوفًا لَكِنَّهُ غَائِبٌ رَفَعَ أَمْرُهُ إِلَى السُّلْطَانِ وَإِنْ جَهِلَ جَازَ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِدُونِ حَاكِمٍ وَإِنْ عَلِمَ صَاحِبُهُ لَكِنَّهُ أَيْسٌ مِنْهُ تَصَدَّقَ بِهِ عَنْهُ. نَصَّ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ.

وَمِنْهَا: الْوَدَائِعُ الَّتِي جَهِلَ مَالِكُهَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهَا بِدُونِ حَاكِمٍ نَصَّ عَلَيْهِ وَكَذَلِكَ إِنْ قُدِّرَ وَلَمْ يُطْلَعْ عَلَى خَبَرِهِ وَلَيْسَ لَهُ وَرَثَةٌ يَتَصَدَّقُ بِهِ نَصَّ عَلَيْهِ وَلَمْ يَعْتَبَرْ حَاكِمًا قَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَى إِطْلَاقِهِ، لِأَنَّهُ مِنْ فِعْلِ الْمَعْرُوفِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَحْمِلَ عِنْدَ تَعَذُّرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ، لِأَنَّ هَذَا الْمَالَ مَصْرُفُهُ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ وَتَفَرُّقُهُ مَالِ بَيْتِ الْمَالِ مَوْكُولَةٌ إِلَى اجْتِهَادِ الْإِمَامِ. انْتَهَى وَالصَّحِيحُ الْإِطْلَاقُ وَبَيْتُ الْمَالِ لَيْسَ بِوَارِثٍ عَلَى الْمَذْهَبِ الْمَشْهُورِ وَلَكِنَّمَا يُحْفَظُ فِيهِ الْمَالُ الضَّائِعُ فَإِذَا أَيْسَ مِنْ وَجُودِ صَاحِبِهِ فَلَا مَعْنَى لِلْحِفْظِ وَمَقْصُودُ الصَّرْفِ فِي مَصْلَحَةِ الْمَالِكِ تَحْصُلُ بِالصَّدَقَةِ بِهِ عَنْهُ وَهُوَ أَوْلَى مِنَ الصَّرْفِ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا صَرَفَ عَنْ فَسَادِ بَيْتِ الْمَالِ إِلَى غَيْرِ مَصْرَفِهِ وَأَيْضًا فَالْفُقَرَاءُ مُسْتَحِقُّونَ مِنْ مَالِ بَيْتِ الْمَالِ فَإِذَا وَصَلَ لَهُمْ هَذَا الْمَالُ عَلَى غَيْرِ يَدِ الْإِمَامِ فَقَدْ حَصَلَ الْمَقْصُودُ، وَلِهَذَا قُلْنَا: عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ إِذَا فَرَّقَ الْأَجْنَبِيُّ الْوَصِيَّةَ وَكَانَتْ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ كَالْفُقَرَاءِ فَإِنَّهَا تَقَعُ الْمَوْقِعَ، وَلَا يَضْمَنُ كَمَا لَوْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ لِمُعَيَّنٍ، وَعَلَى هَذَا الْأَصْلِ يَتَخَرَّجُ جَوَازُ أَخْذِ الْفُقَرَاءِ الصَّدَقَةَ مِنْ يَدِ مَنْ مَالُهُ حَرَامٌ كَقَطَاعِ الطَّرِيقِ وَأَقْتَى الْقَاضِي بِجَوَازِهِ وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ صَالِحٍ فِيمَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ وَدَائِعُ فَوْكَلٍ فِي دَفْعِهَا ثُمَّ مَاتَ وَجَهِلَ رَبُّهَا وَأَيْسَ مِنَ الْإِطْلَاعِ عَلَيْهِ

(١) فإن لم يوجد معه شيء فننقه في بيت المال لأنه مصير ميراثه. المحرر في الفقه (١/٣٧٣).

يَتَصَدَّقُ بِهَا عَنْهُ الْوَكِيلُ وَوَرَثَةُ الْمُوَكَّلِ فِي الْبَلَدِ الَّذِي كَانَ صَاحِبُهَا فِيهِ حَيْثُ يَرَوْنَ أَنَّهُ كَانَ، وَهُمْ ضَامِنُونَ إِذَا ظَهَرَ لَهُ وَارِثٌ، وَاعْتِبَارُ الصَّدَقَةِ فِي مَوْضِعِ الْمَالِكِ مَعَ الْجَهْلِ بِهِ، وَقَدْ نَصَّ عَلَى مِثْلِهِ فِي الْغَضَبِ وَفِي مَالِ الشُّبْهَةِ وَاحْتِجَّ بِأَنَّ عَمَرَ جَعَلَ الدِّيَةَ عَلَى أَهْلِ الْقَرْيَةِ^(١) يَغْنِي إِذَا جُهِلَ الْقَاتِلُ، وَوَجْهَ الْحُجَّةِ مِنْهُ أَنَّ الْغُرْمَ لَمَّا اخْتَصَّ بِأَهْلِ الْمَكَانِ الَّذِي فِيهِ الْجَانِي، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْجَانِيَّ أَوْ عَاقِلَتَهُ الْمُخْتَصِّصِينَ بِالْغُرْمِ لَا يَخْلُو الْمَكَانُ [مِنْهُمْ] فَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ بِالْمَالِ الْمَجْهُولِ مَالِكُهُ يَنْبَغِي أَنْ يَخْتَصَّ بِأَهْلِ مَكَانِهِ، لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى وَصُولِ الْمَالِ إِلَيْهِ إِنْ كَانَ مَوْجُودًا أَوْ إِلَى وَرَثَتِهِ وَيُرَاعَى فِي ذَلِكَ الْفُقَرَاءُ، لِأَنَّهَا صَدَقَةٌ كَمَا يُرَاعَى فِي مَوْضِعِ الدِّيَةِ الْغَنَى.

وَمِنْهَا: الْغُصُوبُ الَّتِي جُهِلَ رَبُّهَا^(٢) فَيَتَصَدَّقُ بِهَا أَيْضًا وَقَدْ نَصَّ عَلَى ذَلِكَ فِي رِوَايَةٍ جَمَاعَةٌ وَلَمْ يَذْكُرْ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ فِيهِ خِلَافًا وَطَرَدَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الرُّوَايَتَيْنِ فِيهِ الْخِلَافَ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ لِيَتَّ الْمَالُ وَكَذَلِكَ حُكْمُ الْمَسْرُوقِ وَنَحْوِهِ نَصَّ عَلَيْهِ. وَلَوْ مَاتَ الْمَالِكُ وَلَا وَارِثَ لَهُ يَعْلَمُ فَكَذَلِكَ يَتَصَدَّقُ بِهِ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ أَيْضًا.

تَنْبِيْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الدِّيُونُ الْمُسْتَحَقَّةُ كَالْأَعْيَانِ يَتَصَدَّقُ بِهَا عَنْ مُسْتَحَقِّهَا نَصَّ عَلَيْهِ وَمَعَ أَنَّهُ نَصَّ عَلَى أَنَّ مَنْ قَالَ لِغَرِيبِهِ: تَصَدَّقْ عَنِّي بِالْدينِ الَّذِي لِي عَلَيْكَ لَمْ يَبْرَأْ بِالصَّدَقَةِ عَنْهُ، وَلَوْ وَكَلَهُ فِي قَبْضِهِ مِنْ نَفْسِهِ حَيْثُ لَمْ يَتَّعِنِ الْمَدْفُوعُ مِلْكًا لَهُ فَإِنَّ الدَّيْنَ لَا يَتَّعِنُ مِلْكُهُ فِيهِ بِدُونِ قَبْضِهِ أَوْ قَبْضِ وَكِيلِهِ وَفَرَّقَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْأُمُورُ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ مُعَيَّنًا أَوْ غَيْرَ مُعَيَّنٍ فَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا بَرَأَ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ كَالْوَكِيلِ وَخَرَجَ فِي الْمَجَرَّدِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى بَيْعِ الْوَكِيلِ مِنْ نَفْسِهِ نَظَرًا إِلَى أَنَّ الْعِلَّةَ هِيَ الْقَبْضُ مِنْ نَفْسِهِ حَيْثُ وَكَلَهُ الْمَالِكُ فِي التَّعْيِينِ وَالْقَبْضِ، وَقَدْ أَطْلَقَ هَاهُنَا جَوَازَ الصَّدَقَةِ بِهِ، فَإِذَا أَنْ يَكُونَ هَذَا رِوَايَةً ثَانِيَةً بِالْجَوَازِ مُطْلَقًا أَوْ مَحْمُولًا عَلَى حَالَةٍ تَعَدَّرَ وَجُودَ الْمَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ وَهُوَ الْأَقْرَبُ، وَكَذَلِكَ نَصَّ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ فِيمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِرَجُلٍ قَدْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دِيُونٌ لِلنَّاسِ فَقَضَى عَنْهُ دَيْنَهُ بِالْدينِ الَّذِي عَلَيْهِ أَنَّهُ يَبْرَأُ بِهِ فِي الْبَاطِنِ.

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٣٥/١).

(٢) مذهب الشافعي أنها تحفظ مطلقا حتى يظهر أصحابها كسائر الأموال الضائعة. ومذهب الإمام أحمد وأبى حنيفة وعامة السلف: إعطاء هذه الأموال لأولى الناس بها. كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه (٥٩٢/٢٨).

وَالْثَّانِي: إِذَا أَرَادَ مَنْ يَدِيهِ عَيْنٌ جُهْلَ رَبِّهَا أَنْ يَتَمَلَّكَهَا وَيَتَصَدَّقَ، بِقِيمَتِهَا عَنْ مَالِكِهَا فَتَقْلَ صَالِحٌ عَنْ أَبِيهِ الْجَوَازِ فَيَمْنُ اشْتَرَى أَجْرًا وَعَلِمَ أَنَّ الْبَائِعَ بَاعَ مَا لَا يَمْلِكُ وَلَا يَعْرِفُ لَهُ أَرْبَابًا أَرْجُو أَنْ يُخْرِجَ قِيمَةَ الْأَجْرِ فَيَتَصَدَّقَ بِهِ أَنْ يَنْجُو مِنْ إِثْمِهِ، وَقَدْ يَتَخَرَّجُ فِيهِ الْخِلَافُ مِنْ جَوَازِ شِرَاءِ التَّوَكُّلِ مِنْ نَفْسِهِ وَيَشْهَدُ لَهُ اخْتِلَافُ الرَّوَايَةِ عَنْهُ فَيَمْنُ لَهُ دَيْنٌ وَعِنْدَهُ رَهْنٌ وَأَنْقَطَعَ خَبَرُ صَاحِبِهِ وَبَاعَهُ هَلْ لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ دَيْنَهُ مِنْهُ وَيَتَصَدَّقَ بِالْفَاضِلِ أَمْ يَتَصَدَّقَ بِهِ كُلُّهُ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ، لِأَنَّ فِيهِ اسْتِيفَاءً لِلْحَقِّ بِنَفْسِهِ مِنْ تَحْتِ يَدِهِ وَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ جَوَازَهُ مُطْلَقًا وَخَرَجَهُ مِنْ بَيْعِ الْوَكِيلِ مِنْ نَفْسِهِ وَمِنْ مَوَاضِعَ أُخَرَ.

* * *

القاعدة الثامنة والتسعون:

مَنْ ادَّعَى شَيْئًا وَوَصَفَهُ دَفَعَ إِلَيْهِ بِالْصِّفَةِ إِذَا جُهْلَ رَبُّهُ وَلَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ يَدٌ مِنْ جِهَةِ مَالِكِهِ وَإِلَّا فَلَا. وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: اللَّقِطَةُ يَجِبُ دَفْعُهَا إِلَى وَاصِفِهَا نَصًّا عَلَيْهِ وَإِنْ وَصَفَهَا ائْتَانٌ فَهِيَ لَهُمَا، وَقِيلَ: يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ اسْتَقْصَى أَحَدُهُمَا الصِّفَاتِ وَأَقْتَصَرَ الْآخَرُ عَلَى الْقَدَرِ الَّذِي يُجْزِي الدَّفْعَ فَوَجْهَانِ يُخَرَّجَانِ مِنَ التَّرْجِيحِ بِالْفَسَاحِ وَالتَّجَازُفِ ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي مُفْرَدَاتِهِ.

وَمِنْهَا: الْأَمْوَالُ الْمَغْصُوبَةُ وَالْمَنْهُوَّةُ وَالْمَسْرُوقَةُ كَالْمَوْجُودَةِ مَعَ اللَّصُوصِ وَقُطَاعِ الطَّرِيقِ وَنَحْوِهِمْ يَكْتَفَى فِيهَا بِالْصِّفَةِ.

وَمِنْهَا: تَدَاوِي الْمَوْجِرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ دَفْعًا فِي الدَّارِ فَهُوَ لِوَاصِفِهِ مِنْهُمَا نَصًّا عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْفَضْلِ بْنِ زِيَادٍ.

وَمِنْهَا: اللَّقِيطُ إِذَا تَنَازَعَ ائْتَانٌ أَتَيْتُهُمَا التَّقَطُّهُ وَلَيْسَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا فَمَنْ وَصَفَهُ مِنْهُمَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَجَدَ مَالَهُ فِي الْغَنِيمَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ بِالْوَصْفِ وَنَحْوِهِ مِمَّا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَهُ، وَهَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ وَسُئِلَ أَتُرِيدُ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةً؟ قَالَ: لَا بَدَّ مِنْ بَيِّنٍ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَهُ وَإِنْ عَلِمَ ذَلِكَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ الْأَمِيرُ أَنْتَهَى، وَقَدْ قَضَى سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِيهَا بِالْعَلَامَةِ الْمَحْضَةِ.

* * *

القاعدة التاسعة والتسعون:

مَا تَدْعُو الْحَاجَّةُ إِلَى الْإِنْتِفَاعِ بِهِ مِنَ الْأَعْيَانِ وَلَا ضَرَرَ فِي بَذْلِهِ لِتَيْسِيرِهِ وَكَثْرَةِ وَجُودِهِ أَوْ الْمَنَافِعِ الْمُحْتَاجِ إِلَيْهَا يَجِبُ بَذْلُهُ مَجَّانًا بِغَيْرِ عَوَضٍ فِي الْأَظْهَرِ وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ مَسَائِلُ: مِنْهَا: الْهَرُّ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ^(١) عَلَى أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ وَثَبَّتَ فِي صَحِيحِ مُسْلِمٍ النَّهْيُ عَنْهُ. وَمَا خَذَ الْمَنْعَ مَا ذَكَرْنَا.

وَمِنْهَا: الْمَاءُ الْجَارِي وَالْكَلَّا يَجِبُ بَذْلُ الْفَاضِلِ مِنْهُ لِلْمُحْتَاجِ إِلَى الشَّرْبِ وَاسْقَاءِ بَهَائِمِهِ وَكَذَلِكَ زُرْعُهُ عَلَى الصَّحِيحِ أَيْضًا، وَسَوَاءٌ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ مَنْ هُوَ فِي أَرْضِهِ أَمْ لَا وَالصَّحِيحُ أَنَّ مَا خَذَ الْمَنْعَ مِنْ بَيْعِهِ مَا ذَكَرْنَا لَا أَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ يَمْلِكُ الْأَرْضُ فَإِنَّ النُّصُوصَ مُتَكَاثِرَةً عَنْ أَحْمَدَ فِي الْمُبَاحَاتِ النَّاتِيَةِ فِي الْأَرْضِ، وَيَشْهَدُ لَهُ أَيْضًا مَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ فِي اللَّقَاطِ لَا أَرَى لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَنْ يَمْنَعَهُ النَّاسُ فِيهِ سَوَاءٌ مَعَ أَنَّهُ مَمْلُوكٌ لَهُ وَلَا إِشْكَالَ وَلَا يُقَالُ: زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ بِمَصِيرِهِ مَبْنُودًا مَرْغُوبًا عَنْهُ، لِأَنَّ الْمَنْعَ وَالْبَيْعَ يَنَافِي ذَلِكَ. وَمِنْهَا: وَضَعُ الْخَشَبِ عَلَى جِدَارِ الْجَارِ إِذَا لَمْ يَضُرَّ وَكَذَلِكَ إِجْرَاءُ الْمَالِ عَلَى أَرْضِهِ فِي إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِعَارَةُ الْحُلِيِّ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ وَجَمَاعَةٍ مِنَ الْأَصْحَابِ وَجُوبُهُ وَصَرَّحَ بِهِ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ وَاخْتَارَ بَعْضُهُمْ وَجُوبَ بَذْلِ الْمَاعُونِ وَهُوَ مَا خَفَّ قَدْرُهُ وَسَهَّلَ كَالدَّلْوِ وَالْفَأْسِ وَالْقِدْرِ وَالْمُنْخَلِ وَإِعَارَةُ الْفَحْلِ لِلضَّرَابِ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْحَارِثِيِّ وَإِلَيْهِ مِيلُ الشَّيْخِ تَقِيٍّ الدِّينِ. وَمِنْهَا: الْمُصْحَفُ تَجِبُ عَلَيْهِ إِعَارَتُهُ لِمَنْ احتَاجَ إِلَى الْقِرَاءَةِ فِيهِ وَلَمْ يَجِدْ مُصْحَفًا غَيْرَهُ نَقَلَهُ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي كَلَامِ مُفْرَدٍ لَهُ أَنَّ الْأَصْحَابَ عَمَلُوا قَوْلَهُمْ: لَا يَقْطَعُ لِسَرْقَةِ الْمُصْحَفِ فَإِنَّ لَهُ فِيهِ حَقَّ النَّظَرِ لاسْتِخْرَاجِ أَحْكَامِ الشَّرْعِ إِذَا خَفِيَ عَلَيْهِ وَعَلَى صَاحِبِهِ بَذْلُهُ كَذَلِكَ قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ وَهَذَا تَعْلِيلٌ يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ بَيْنَ سَرْقَةِ وَسَرْقَةِ كُتُبِ السُّنَنِ فَإِنَّهَا مُضْمَنَةٌ مِنَ الْأَحْكَامِ أَمْثَالُ ذَلِكَ. وَالْحَاجَةُ دَاعِيَةٌ إِلَيْهَا وَبَذْلُهَا مِنَ الْمَحَاطَرِ

(١) عند المالكية: يجوز بيعه ليتفع به حيا. حاشية الدسوقي (١١/٣) والتاج والأكلیل (٢٦٧/٤) الكافي (٣٢٧/١).

وعند أبي حنيفة قال: سمعت عطاء بن أبي رباح يقول: لا بأس بضمن الهر. وذهب الحنابلة إلى المنع لحديث «نهى النبي ﷺ عن أكل الهر وشمه». سنن الترمذي، حديث (١٢٨٠) (٥٧٨/٣). والقائلون بالجواز أسسوا ذلك على ما روى عن ابن سيرين كان لا يرى بأساً بضمن الهر. مصنف ابن أبي شيبة ح (٤٠٤/٢) (٤٠٢/٤).

على أن البعض حمل النهي عن بيع الهر على التنزيه. شرح عمدة الأحكام (١٣٢/٣).

إِلَيْهَا مِنَ الْقَضَاةِ وَالْحُكَّامِ وَأَهْلِ الْفَتَاوَى وَاجِبٌ عَلَى مَالِكِهَا أَنْتَهَى.

وَمِنْهَا: ضِيَاةُ الْمُجْتَازِينَ، الْمَذْهَبُ وَجُوبُهَا وَأَمَّا إِطْعَامُ الْمُضْطَرِّينَ فَوَاجِبٌ لَكِنْ لَا يَجِبُ بِذَلِكَ مَجَانًا بَلْ بِالْعَوَضِ، وَأَمَّا الْمَنَافِعُ الْمُضْطَرُّ إِلَيْهَا كَمَنْفَعَةِ الظَّهْرِ لِلْمُنْقَطِعِينَ فِي الْأَسْفَارِ وَإِعَارَةِ مَا يُضْطَرُّ إِلَيْهِ فَبِي وَجُوبٍ بِذَلِكَ مَجَانًا وَجَهَانٍ وَاخْتِيَارُ الشَّيْخِ تَقِي الدِّينِ أَنَّ الْمُضْطَرَّ إِلَى الطَّعَامِ إِنْ كَانَ فَقِيرًا وَجِبَ بِذَلِكَ لَهُ مَجَانًا، لِأَنَّ إِطْعَامَهُ فَرَضٌ كِفَايَةٌ لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهُ بِخِلَافِ الْغَنِيِّ فَإِنَّ الْوَاجِبَ مُعَاوَضَتَهُ فَقَطْ وَهَذَا حَسَنٌ، وَحَكَى الْأَمِدِيُّ رَوَايَةً أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ الْمُضْطَرُّ الطَّعَامَ الَّذِي أَخَذَهُ مِنْ صَاحِبِهِ قَهْرًا لِمَنْعِهِ إِيَّاهُ.

وَمِنْهَا: رِبَاعُ مَكَّةَ^(١) لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا وَلَا إِجَارَتُهَا عَلَى الْمَذْهَبِ الْمَنْصُوصِ وَاخْتَلَفَ فِي مَآخِذِهِ فَقِيلَ: لِأَنَّ مَكَّةَ فَتَحَتْ عَنْوَةً فَصَارَتْ وَقْفًا أَوْ فَيْئًا فَلَا مِلْكَ فِيهَا لِأَحَدٍ وَعَلَى هَذَا فَيَنْبِئُ الْخِلَافُ فِي الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ عَلَى الْخِلَافِ فِي فَتْحِهَا عَنْوَةً أَوْ صَلَاحًا، وَقِيلَ: بَلْ، لِأَنَّ الْحَرَمَ حَرِيمُ الْبَيْتِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَقَدْ جَعَلَهُ اللَّهُ لِلنَّاسِ سَوَاءً الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِي، فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ التَّخْصِصَ بِمَكَّةَ وَتَحْجِيرَهُ بَلْ الْوَاجِبُ أَنْ يَكُونَ النَّاسُ فِيهِ شَرَعًا وَاحِدًا لِعُمُومِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ فَمَنْ أَحْتَاجَ إِلَى مَا بِيَدِهِ مِنْهُ سَكَنَهُ وَإِنْ اسْتَعْنَى عَنْهُ وَجِبَ بِذَلِكَ فَاضِلُهُ لِلْمُحْتَاجِ إِلَيْهِ وَهُوَ مَسْلُوكُ ابْنِ عَقِيلٍ فِي نَظَرِيَّاتِهِ وَسَلَكُهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَيْضًا وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِي الدِّينِ وَتَرَدَّدَ كَلَامُهُ فِي جَوَازِ الْبَيْعِ فَأَجَازَهُ مَرَّةً كَبِيعَ أَرْضِ الْعَنْوَةِ عِنْدَهُ وَيَكُونُ نَقْلًا لِلْيَدِ يَعْوَضُ وَمَنْعُهُ فِي أُخْرَى إِذْ الْأَرْضُ وَأَبْعَاضُ الْبِنَاءِ مِنَ الْحَرَمِ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لِلْبَانِي وَإِنَّمَا لَهُ التَّأْلِيفُ وَقَدْ رَجَّحَ بِهِ بِتَقْدِيرِهِ فِي الْإِنْتِفَاعِ كَمَنْ بَنَى فِي أَرْضٍ مُسَبَّلَةٍ لِلسُّكْنَى بِنَاءً مِنْ تُرَابِهَا وَأَحْجَارِهَا وَنَقَلَ ابْنُ مَنصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْبَيْعِ دُونَ الْإِجَارَةِ وَتَأَوَّلَهُ الْقَاضِي وَعَلَى هَذَا الْمَأْخُذِ فَقَدْ يَخْتَصُّ الْبَيْعُ بِالْقَوْلِ بِفَتْحِهَا عَنْوَةً لِمَصِيرِ الْأَرْضِ فَيْئًا وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ حَنْبَلٍ عَلَى أَنَّ عِلَّةَ الْكَرَاهَةِ أَنَّهَا فَتَحَتْ عَنْوَةً فَصَارَ الْمُسْلِمُونَ فِيهَا شُرَكَاءَ وَاحِدًا قَالَ وَعُمَرُ إِنَّمَا تَرَكَ السَّوَادَ لِذَلِكَ قَالَ: وَلَا يُعْجِنُنِي مَنَازِلُ السَّوَادِ وَلَا أَرْضُهُمْ وَهَذَا نَصٌّ بِكَرَاهَةِ الْمَنْعِ فِي سَائِرِ أَرْضِي الْعَنْوَةِ وَيَكُلُّ حَالٍ فَلَا يَجِبُ الْإِسْكَانُ فِي دُورِ مَكَّةَ إِلَّا فِي الْفَاضِلِ عَنْ حَاجَةِ السَّاكِنِ نَصٌّ عَلَيْهِ.

* * *

(١) قال الشافعي: يجوز بيع رباع مكة. التحقيق في أحاديث الخلاف (١٨٦/٢) ح (١٤٦٢).

وأحاديث المنع موقوفة ح (١٤٦٣، ١٤٦٤).

القاعدة المائة:

الوَاجِبُ بِالنَّذْرِ، هَلْ يَلْحَقُ الْوَاجِبُ بِالشَّرُوعِ أَوْ بِالْمَنْدُوبِ؟ فِيهِ خِلَافٌ يَنْتَزِلُ عَلَيْهِ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: الْأَكْلُ مِنَ أَضْحِيَّةِ النَّذْرِ وَفِيهِ وَجْهَانِ اخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ الْجَوَازَ^(١).
وَمِنْهَا: فِعْلُ الصَّلَاةِ الْمَنْدُورَةِ فِي وَقْتِ النَّهْيِ وَفِيهِ وَجْهَانِ أَشْهَرُهُمَا الْجَوَازُ.
وَمِنْهَا: نَذْرُ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ وَالصَّلَاةِ فِي وَقْتِ النَّهْيِ وَفِيهِ وَجْهَانِ أَيْضًا وَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ أَنَّهُ كَنَذَرَ الْمَعْصِيَةِ، لِأَنَّ الْمُلْزَمَ بِالنَّذْرِ هُوَ التَّطَوُّعُ الْمَطْلُوقُ.
وَمِنْهَا: لَوْ نَذَرَ صَلَاةً فَهَلْ يُجْزِئُهُ رَكْعَةٌ أَمْ لَا بَدُّ مِنْ رَكْعَتَيْنِ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ.
وَمِنْهَا: لَوْ نَذَرَ عَتَقَ رَقَبَةً لَمْ يُجْزِئُهُ إِلَّا سَلِيمَةٌ ذَكَرَهُ الْقَاضِي حَمَلًا لَهُ عَلَى وَاجِبِ الشَّرْعِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْزِئَهُ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ كَالْوَصِيَّةِ فَإِنَّ الْقَاضِي سَلَّمَهَا مَعَ أَنَّ الْمَنْصُوصَ عَنْ أَحْمَدَ فَيَمْنُ وَصَى بِعِتْقِ رَقَبَةٍ لَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ إِلَّا سَلِيمَةٌ.

* * *

القاعدة الحادية بعد المائة:

مَنْ خَيْرٌ بَيْنَ شَيْئَيْنِ وَأَمَكُنَهُ الْإِثْبَانُ بِنَصْفَيْهِمَا مَعَ فَهَلْ يُجْزِئُهُ أَمْ لَا؟ فِيهِ خِلَافٌ يَنْتَزِلُ عَلَيْهِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ أَعْتَقَ فِي الْكُفَّارَةِ نِصْفَيِ رَقَبَتَيْنِ وَفِيهَا وَجْهَانِ وَقِيلَ إِنْ كَانَ بَاقِيَهُمَا حُرًّا أَجْزَأَ وَجْهًا وَاحِدًا لِنَتْمِيلِ الْحُرِّيَّةِ، وَخَرَجُوا عَلَى الْوَجْهَيْنِ لَوْ أَخْرَجَ فِي الزَّكَاةِ نِصْفَيِ شَاتَيْنِ وَزَادَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ لَوْ أَهْدَى نِصْفَيِ شَاتَيْنِ وَفِيهِ نَظَرٌ إِذْ الْمَقْصُودُ مِنَ الْهَدْيِ اللَّحْمُ وَلِهَذَا أَجْزَأُ فِيهِ شِقْصٌ مِنْ بَدْنَةٍ. وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى الْإِجْزَاءِ هَاهُنَا.
وَمِنْهَا: لَوْ أَخْرَجَ الْجُبْرَانُ فِي زَكَاةِ الْإِبِلِ شَاةً وَعَشْرَةَ دَرَاهِمَ فَهَلْ يُجْزِئُهُ عَلَى وَجْهَيْنِ.
وَمِنْهَا: لَوْ كَفَّرَ بِمَيْمَنِهِ بِإِطْعَامِ خَمْسَةِ مَسَاكِينَ وَكِسْوَةِ خَمْسَةِ فَإِنَّهُ يُجْزِئُ عَلَى الْمَشْهُورِ وَفِيهِ وَجْهٌ مَذْكُورٌ فِي شَرْحِ الْهَدَايَةِ فِي زَكَاةِ الْفِطْرِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَخْرَجَ فِي الْفِطْرِ صَاعًا مِنْ جَنْسَيْنِ وَالْمَذْهَبُ الْإِجْزَاءُ وَيَخْرُجُ فِيهِ وَجْهٌ.
وَمِنْهَا: لَوْ كَفَّرَ فِي مَحْظُورَاتِ الْحَجِّ بِصِيَامِ يَوْمٍ وَإِطْعَامِ أَرْبَعَةِ مَسَاكِينَ فَلَا ظَهَرَ مَنَعُهُ،

وَفِي أَحْكَامِ الْقُرْآنِ لِلْقَاضِي يُحْتَمَلُ الْجَوَازُ، لِأَنَّهَا عَلَى التَّخْيِيرِ بِخِلَافِ كَفَّارَةِ الْيَمِينِ. وَعَلَى قِيَاسِ هَذَا لَوْ أَعْتَقَ فِي كَفَّارَةِ الْيَمِينِ ثُلُثَ رَقَبَةٍ وَأَطْعَمَ أَرْبَعَةَ مَسَاكِينَ وَكَسَا أَرْبَعَةَ أَنَّهُ يُجْزِئُهُ وَفِيهِ بَعْدٌ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَخْرَجَ عَنْ أَرْبَعِمِائَةٍ مِنَ الْإِبِلِ أَرْبَعُ حِقَاقٍ وَخَمْسُ بَنَاتٍ لَبُورٍ أَجْزَاءُ بَغِيرٍ خِلَافِ عِنْدَنَا، لِأَنَّهُ عَمَلٌ بِمُقْتَضَى قَوْلِهِ: فِي كُلِّ أَرْبَعِينَ بِنْتُ لَبُونٍ وَفِي كُلِّ خَمْسِينَ حِقَّةٌ وَلَآنَ هَذِهِ وَاجِبَاتٌ مُتَعَدِّدَةٌ فِيهِ كَكَفَّارَاتٍ مُتَعَدِّدَةٍ فَإِنْ أَخْرَجَ بِتَشْقِيقِ كَمَا لَوْ أَخْرَجَ عَنْ مِائَتَيْنِ حِقَّتَيْنِ وَيَتَنِي لَبُونٍ وَنِصْفًا فَهُوَ كِإِخْرَاجِ نِصْفِي شَاتَيْنِ عَلَى مَا سَبَقَ.

* * *

القاعدة الثانية بعد المائة:

مَنْ أَتَى بِسَبَبٍ يُقِيدُ الْمَلِكَ أَوْ الْحِلَّ أَوْ يُسْقِطُ الْوَاجِبَاتِ عَلَى وَجْهِ مُحَرَّمٍ وَكَانَ مِمَّا تَدْعُو النُّفُوسُ إِلَيْهِ أَلْغَى ذَلِكَ السَّبَبَ وَصَارَ وَجُودُهُ كَالْعَدَمِ وَلَمْ يَتَرَتَّبْ عَلَيْهِ أَحْكَامُهُ وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: الْفَارُّ مِنَ الزَّكَاةِ قَبْلَ تِمَامِ الْحَوْلِ بِتَقْيِصِ النَّصَابِ أَوْ إِخْرَاجِهِ عَنْ مِلْكِهِ تَجِبُ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ وَلَوْ صَرَفَ أَكْثَرَ أَمْوَالِهِ فِي مِلْكٍ مَا لَا زَكَاةَ فِيهِ كَالْعَقَارِ وَالْحُلِيِّ فَهَلْ يَنْزِلُ مَنْزِلَةُ الْفَارِّ عَلَى وَجْهَيْنِ؟

وَمِنْهَا: الْمُطَلَّقُ فِي مَرَضِهِ لَا يَقْطَعُ طَلَاقُهُ حَقَّ الزَّوْجَةِ مِنْ إِرْثِهَا مِنْهُ إِلَّا أَنْ تَنْفِي التَّهْمُ بِسُؤَالِ الزَّوْجَةِ وَنَحْوِهِ فِيهِ رَوَايَتَانِ.

وَمِنْهَا: الْقَاتِلُ لِمَوْرُوثِهِ لَا يَرِثُهُ^(١)، وَسَوَاءٌ كَانَ مَتَّهَمًا أَوْ غَيْرَ مَتَّهَمٍ عِنْدَ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ وَحَكَى ابْنُ عَقِيلٍ فِي مُفْرَدَاتِهِ وَعَمْدُ الْأَدِلَّةِ وَجْهًا أَنَّهُ مَتَى انْتَفَتِ التَّهْمَةُ كَقَتْلِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لَمْ يَمْتَنِعِ الْإِرْثُ قَالَ وَهُوَ أَصَحُّ عِنْدِي.

وَمِنْهَا: قَتْلُ الْمُوصَى لَهُ الْمُوصِي بَعْدَ الْوَصِيَّةِ فَإِنَّهُ تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ رِوَايَةً وَاحِدَةً عَلَى أَصَحِّ الطَّرِيقَيْنِ.

وَمِنْهَا: السُّكْرَانُ بِشُرْبِ الْخَمْرِ عَمْدًا يُجْعَلُ كَالصَّاحِي فِي أَقْوَالِهِ وَأَفْعَالِهِ فِيمَا عَلَيْهِ فِي

(١) الأصل في ذلك حديث «ليس لقاتل ميراث». قال ابن عباس: من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره، وإن كان والده أو ولده قضى رسول الله ﷺ: «إنه ليس لقاتل ميراث». مصنف عبد الرزاق (٤٠٤/٩) في باب عقوبة القاتل.

الْمَشْهُورُ مِنَ الْمَذْهَبِ بِخِلَافٍ مِنْ سَكْرِ يَنْبِجٍ أَوْ نَحْوِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَزَالَ عَقْلُهُ بِأَنْ ضَرَبَ رَأْسَهُ فَجُنَّ فَإِنَّهُ لَا يَقَعُ طَلَاقُهُ عَلَى الْمَنْصُوصِ، لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا لَا تَدْعُو النَّفْسُ إِلَيْهِ بَلْ فِي الطَّبْعِ وَازِعٌ عَنْهُ، وَكَذَلِكَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ قَضَاءُ الصَّلَاةِ إِذَا جُنَّ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَمِنْهَا: تَخْلِيلُ الْخَمْرِ لَا يُقِيدُ حِلَّهُ وَلَا طَهَارَتَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ الصَّحِيحِ.

وَمِنْهَا: ذَبْحُ الصَّيْدِ فِي حَقِّ الْمُحْرِمِ لَا يُبِيحُهُ بِالْكَلْبَةِ وَذَبْحُ الْمُحِلِّ لِلْمُحْرِمِ لَا يُبِيحُهُ لِلْمُحْرِمِ الْمَذْبُوحَ لَهُ وَفِي حِلِّهِ لغيرِهِ مِنَ الْمُحْرِمِينَ وَجِهَانِ، وَلَا يَرُدُّ عَلَى هَذَا ذَبْحُ الْغَاصِبِ وَالسَّارِقِ، لِأَنَّ ذَبْحَهُمَا لَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الْإِبَاحَةُ لهُمَا فَإِنَّهُ بَاقٍ عَلَى مِلْكِ الْمَالِكِ وَلَا إِبَاحَةَ يَدُونَ لِذَنْبِهِ مَعَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ التَّزَمَ تَحْرِيمَهُ مُطْلَقًا وَحَكَاهُ رَوَايَةً.

وَيَلْتَحِقُ بِهَذِهِ الْقَاعِدَةِ، قَاعِدَةٌ: مَنْ تَعَجَّلَ حَقَّهُ أَوْ مَا أُبِيحَ لَهُ قَبْلَ وَقْتِهِ عَلَى وَجْهِ مُحْرِمٍ عُوقِبَ بِحُرْمَانِهِ وَيَدْخُلُ فِيهَا مِنْ مَسَائِلٍ: الْأُولَى مَسْأَلَةُ قَتْلِ الْمَوْرُوثِ وَالْمَوْصَى لَهُ.

وَمِنْهَا: الْغَالُ مِنَ الْغَنِيمَةِ يَحْرُمُ أَصْنَمُهُ مِنْهَا عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فِي عِدَّتِهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ عَلَى التَّأْيِيدِ عَلَى رَوَايَةٍ.

وَمِنْهَا: مَنْ تَزَوَّجَتْ بِعَبْدِهَا فَإِنَّهُ يَحْرُمُ عَلَيْهَا عَلَى التَّأْيِيدِ كَمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ نَصًّا عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ ذَكَرَهُ الْخَلَالُ فِي أَحْكَامِ الْعَيْدِ عَنْ الْخَضِرِ بْنِ الْمَثْنَى الْكِنْدِيِّ عَنْهُ. وَالْخَضِرُ مَجْهُولٌ تَفَرَّدَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بِرَوَايَةِ الْمَنَاقِبِ الَّتِي لَا يُتَابَعُ عَلَيْهَا.

وَمِنْهَا: مَنْ اصْطَادَ صَيْدًا قَبْلَ أَنْ يَحِلَّ مِنْ إِحْرَامِهِ لَمْ يَحِلَّ لَهُ وَإِنْ تَحَلَّلَ حَتَّى يُرْسِلَهُ وَيُطْلِقَهُ. وَأَمَّا إِذَا قَتَلَ الْغَرِيمَ غَرِمَهُ فَإِنَّهُ يَحِلُّ دَيْنُهُ عَلَيْهِ كَمَا لَوْ مَاتَ صَرَّحَ بِهِ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ. وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ طَرْدًا لِلْقَاعِدَةِ.

* * *

القاعدة الثالثة بعد المائة:

الْفِعْلُ الْوَاحِدُ يُبْنَى بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ مَعَ الْإِتِّصَالِ الْمُعْتَادِ وَلَا يَنْقَطِعُ بِالتَّفَرُّقِ الْيَسِيرِ وَلِذَلِكَ صَوْرٌ:

مِنْهَا: مُكَاثَرَةُ الْمَاءِ النَّجَسِ الْقَلِيلِ بِالْمَاءِ الْكَثِيرِ يُعْتَبَرُ لَهُ الْإِتِّصَالُ الْمُعْتَادُ دُونَ صَبِّ الْقَلْتَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً.

وَمِنْهَا: الْوُضُوءُ إِذَا أُعْتَبِرَ حَالَةُ الْمَوَالَاةِ لَمْ يَقْطَعُهُ التَّفَرُّقُ الْيَسِيرُ، وَهَلِ الْإِعْتِبَارُ بِالْعُرْفِ أَوْ

بِجَفَافِ الْأَعْضَاءِ عَلَى رَوَاتَيْنِ.

وَمِنْهَا: الصَّلَاةُ يَجُوزُ الْبِنَاءُ عَلَيْهَا إِذَا سَلَّمَ سَاهِيًا مَعَ قُرْبِ الْفَصْلِ وَلَا تَبْطُلُ بِذَلِكَ.
وَمِنْهَا: الْمَسَافِرُ إِذَا أَقَامَ مَدَّةَ يَوْمَيْنِ فَهُوَ سَفَرٌ وَاحِدٌ يَنْبَنِي بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ وَإِنْ زَادَ لَمْ يَنْبَنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَرَكَ الْعَمَلَ فِي الْمَعْدِنِ التَّرْكَ الْمَعْتَادَ أَوْ لِعَذْرِ وَكَمْ يَقْصِدُ الْإِهْمَالَ، ثُمَّ عَادَ إِلَى الْأَسْتِخْرَاجِ ضَمَّ الْأَوَّلُ إِلَى الثَّانِي فِي النَّصَابِ.
وَمِنْهَا: الطُّوَافُ إِذَا تَخَلَّلَهُ صَلَاةٌ مَكْتُوبَةٌ أَوْ جَنَازَةٌ يُبْنَى عَلَيْهِ ^(١) سَوَاءٌ قُلْنَا: الْمَوْلَاةُ سُنَّةٌ أَوْ شَرْطٌ عَلَى أَشْهَرِ الطَّرِيقَيْنِ لِلْأَصْحَابِ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا أَكَلْتُ إِلَّا أَكَلَةً وَاحِدَةً فِي يَوْمِي هَذَا فَكُلَّ مُتَوَاصِلًا لَمْ يَحْنُثْ وَإِنْ تَفَرَّقَ التَّفَرُّقُ الْمَعْتَادَ عَلَى الْأَكَلَةِ الْوَاحِدَةِ وَلَوْ طَالَ زَمَنُ الْأَكْلِ وَإِنْ قَطَعَ ثُمَّ عَادَ بَعْدَ طُولِ الْفَصْلِ حَنْثٌ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي الْقَطْعِ فِي السَّرْقَةِ وَالْأَمْدِي، وَقِيَاسُهُ لَوْ حَلَفَ لَا وَطَئَهَا إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً، فَإِنَّ الْوَطْءَ فِي الْعُرْفِ عِبَارَةٌ عَنِ الْوَطْءِ التَّامِّ الْمُسْتَدَامِ إِلَى الْإِنْزَالِ وَلَا يَبْعُدُ أَنْ يُقَالَ مِثْلُهُ فَيَمْنُ رَجُلٌ عَلَى مُطْلَقِ الْوَطْءِ. وَفِي التَّرْغِيبِ أَنَّهُ ظَاهِرٌ كَلَامُ أَصْحَابِنَا فِيمَا إِذَا قَالَ: إِنْ وَطَئْتُكَ فَوَآلِلَهُ لَا وَطَئْتُكَ وَلَكِنَّ مَنْصُوصَ الْحَنْثِ بِالتَّقَاءِ الْخَتَانَيْنِ، وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا أَنَّهُ لَا حَقَّ عَلَى مَنْ أَكْمَلَ الْوَطْءَ الْمُعْلَقَ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ الثَّلَاثُ بِإِتْمَامِهِ إِلَى الْإِنْزَالِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَخْرَجَ السَّارِقُ مِنَ الْحِرْزِ بَعْضَ النَّصَابِ ثُمَّ دَخَلَ وَأَخْرَجَ مَا فِيهِ وَكُلَّ مِنْهُمَا بِإِنْفِرَادِهِ لَا يَبْلُغُ نَصَابًا فَإِنْ لَمْ يَطْلُ الْفَصْلُ بَيْنَهُمَا قُطِعَ وَإِنْ طَالَ فَبَيْنَهُمَا وَجْهَانِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ عَنْهُ فِي التَّرْغِيبِ وَقَالَ: اخْتَارَ بَعْضُ شَيْوخِي أَنَّهُ لَا قَطْعَ مَعَ طُولِ الْفَصْلِ ^(٢).

وَمِنْهَا: إِذَا تَرَكَ الْمُتَرَفِّعُ الثَّنِيَّ بغيرِ اخْتِيَارِهِ ثُمَّ عَادَ إِلَيْهِ قَبْلَ طُولِ الْفَصْلِ فَهِيَ رَضْعَةٌ وَاحِدَةٌ عِنْدَ ابْنِ حَامِلٍ وَكَذَا ذَكَرَ الْأَمْدِيُّ أَنَّهُ لَوْ قُطِعَ بِاخْتِيَارِهِ لِتَنْفُسٍ أَوْ إِعْيَاءٍ يَلْحَقُهُ ثُمَّ عَادَ وَلَمْ يَطْلُ الْفَصْلُ فَهِيَ رَضْعَةٌ وَاحِدَةٌ قَالَ: وَلَوْ انْتَقَلَ مِنْ ثُنْيٍ إِلَى آخَرٍ وَلَمْ يَطْلُ الْفَصْلُ فَإِنْ كَانَ مِنْ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ فَهِيَ رَضْعَةٌ وَاحِدَةٌ وَإِنْ كَانَ مِنْ امْرَأَتَيْنِ فَوْجْهَانِ، وَحَكَى أَبُو الْخَطَّابِ

(١) فإذا طاف خمساً مثلاً ثم دخل في الصلاة أهل بعد الصلاة شوطين فقط.

(٢) لأنه مع طول الفصل صار كل فصل مستقلاً بذاته وهو بذلك لا يشكل قيام ركن السرقه.

عَنْ ابْنِ حَامِلٍ نَحْوَ ذَلِكَ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ إِلَّا فِي صُورَةِ الْمَرَاتَيْنِ وَذَكَرَ أَنَّهَا ظَاهِرُ كَلَامِ
الْخِرَقِيِّ وَحَكَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهَا تَكُونُ رَضْعَتَيْنِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ وَأَنَّ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ،
وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* * *

القاعدة الرابعة بعد المائة:

الرِّضَا بِالْمَجْهُولِ قَدْرًا أَوْ جِنْسًا أَوْ وَصْفًا هَلْ هُوَ رِضًا مُعْتَبَرٌ لَازِمٌ؟ إِنْ كَانَ الْمُتَرَمَّ عَقْدًا
أَوْ فَسْخًا يَصِحُّ إِنْهَامُهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى أَنْوَاعِهِ أَوْ إِلَى أَعْيَانِ مَنْ يَرِدُ عَلَيْهِ صَحَّ الرِّضَا بِهِ وَالزَّمُّ بِغَيْرِ
خِلَافٍ وَإِنْ كَانَ غَيْرُ ذَلِكَ فَفِيهِ خِلَافٌ، فَالْأَوَّلُ لَهُ صُورٌ:

مِنْهَا: أَنْ يُحْرَمَ مِنْهَا بِمِثْلِ مَا أُحْرِمَ بِهِ فَلَانٌ أَوْ بِأَحَدِ الْأَنْسَاكِ فَيَصِحُّ.
وَمِنْهَا: إِذَا طَلَّقَ إِحْدَى زَوْجَاتِهِ فَيَصِحُّ وَتَعَيَّنَ بِالْقُرْعَةِ عَلَى الْمَذْهَبِ.
وَمِنْهَا: لَوْ أَعْتَقَ أَحَدَ عِبِيدِهِ فَيَصِحُّ وَيَعَيَّنُ بِالْقُرْعَةِ أَيْضًا عَلَى الصَّحِيحِ.
وَأَمَّا الثَّانِي فَلَهُ صُورٌ:

مِنْهَا: إِذَا طَلَّقَ بِلَفْظِ الْعَجَمِيِّ مَنْ لَا يَفْهَمُ مَعْنَاهُ وَالتَّرَمُّ مُوجِبُهُ عِنْدَ أَهْلِهِ فِي لُزُومِ الطَّلَاقِ
لَهُ وَجْهَانِ، وَالْمَنْصُوصُ فِي رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الطَّلَاقُ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَابْنِ
عَقِيلٍ وَالْأَكْثَرِينَ.

وَمِنْهَا: إِذَا طَلَّقَ الْعَجَمِيُّ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ وَلَمْ يَفْهَمْ مَعْنَاهُ وَلَكِنَّهُ التَّرَمُّ مُوجِبُهُ عِنْدَ الْعَرَبِ فِيهِ
الْخِلَافُ.

وَمِنْهَا: إِذَا عَتَقَ الْعَجَمِيُّ أَوْ الْعَرَبِيُّ بِغَيْرِ لُغَتِهِ وَلَمْ يَفْهَمْ مَعْنَاهُ فَفِيهِ خِلَافٌ وَنَصَّ أَحْمَدُ مِنْ
رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْعِتْقُ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ مِثْلُ مَا طَلَّقَ فَلَانٌ زَوْجَتَهُ. وَلَمْ يَعْلَمْ فَهَلْ يَلْزَمُهُ مِثْلُ
طَلَّاقِ فَلَانٍ بِكُلِّ حَالٍ أَوْ لَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدَةٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ: أَيْمَانُ السَّبْعَةِ تَلْزُمُنِي لِأَفْعَلَنَّ كَذَا وَلَمْ يَعْلَمْ مَا هِيَ فِيهِ. وَفِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُو:
أَحَدُهَا: لَا تَتَعَقَّدُ بِمِثْنِهِ بِالْكَلْبَةِ. وَالثَّانِي: تَتَعَقَّدُ إِذَا لَزَمَهَا وَنَوَّاهَا وَبِهِ أَفْتَى أَبُو الْقَاسِمِ
الْخِرَقِيُّ فِيمَا حَكَى عَنْهُ ابْنُ بَطَّةَ، قَالَ أَبُو الْقَاسِمِ: وَكَانَ أَبِي يَتَوَقَّفُ فِيهَا وَلَا يُجِيبُ فِيهَا
بِشَيْءٍ. وَالثَّلَاثُ: يَتَعَقَّدُ فِيمَا عَدَا الْيَمِينَ بِاللَّهِ بِشَرْطِ النِّيَّةِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْيَمِينَ بِاللَّهِ لَا تَصَحُّ
بِالْكِتَابَةِ وَفِيهِ وَجْهٌ رَابِعٌ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ مُوجِبُهَا نَوَّاهَا أَوْ لَمْ

يَنُوهَا وَصَرَّحَ بِهِ أَيْضًا فِي بَعْضِ تَعَالِيْقِهِ وَقَالَ: لِأَنَّ مِنْ أَصْلِنَا وَقُوعَ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ بِالْكِتَابَةِ بِالْخَطِّ وَإِنْ لَمْ يَنُوهَ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: أَيْمَانُ الْمُسْلِمِينَ تَلْزَمُنِي فِي الْخِلَافِ لِلْقَاضِي يَلْزَمُهُ الْيَمِينُ بِاللَّهِ تَعَالَى وَالطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ وَالظَّهَارُ وَالنَّذْرُ نَوَى ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَنُوهَ وَهُوَ مُفَرَّغٌ عَلَى قَوْلِهِ فِي أَيْمَانِ الْبَيْعَةِ، قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: وَذَكَرَهُ الْيَمِينُ بِاللَّهِ تَعَالَى وَالنَّذْرُ مَبْنِيٌّ عَلَى قَوْلِنَا بِعَدَمِ تَدَاخُلِ كَفَارَاتِهِمَا. فَأَمَّا عَلَى قَوْلِنَا بِالتَّدَاخُلِ فَيَجْزِيهِ لُهُمَا كَفَارَةُ الْيَمِينِ وَقِيَاسُ الْمَشْهُورِ عَنْ أَصْحَابِنَا فِي يَمِينِ الْبَيْعَةِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ حَتَّى يَنُوهَ وَيَلْزَمُهُ أَوْ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ بِالْكُلِّيَّةِ حَتَّى يَعْلَمَهُ أَوْ يُفَرِّقَ بَيْنَ الْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى وَغَيْرِهَا، مَعَ أَنَّ صَاحِبَ الْمُحَرَّرِ لَمْ يَحْكُ خِلَافًا عَلَى اللُّزُومِ هَاهُنَا وَإِنْ لَمْ يَنُوهَا، لِأَنَّ أَيْمَانَ الْمُسْلِمِينَ مَعْرُوفَةٌ بَيْنَهُمْ وَلَا سِيَمَا الْيَمِينُ بِاللَّهِ وَالطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ بِخِلَافِ أَيْمَانِ الْبَيْعَةِ.

وَمِنْهَا: الْبَرَاءَةُ مِنَ الْمَجْهُولِ ^(١) وَأَشْهَرُ الرُّوَايَاتِ صِحَّتُهَا ^(٢) مُطْلَقًا سَوَاءً جَهَلَ الْمُبْرِيُّ قَدْرَهُ وَوَصَفَهُ أَوْ جَهَلَهُمَا مَعًا وَسَوَاءً عَرَفَهُ الْمُبْرِيُّ أَوْ لَمْ يَعْرِفْهُ. وَالثَّانِيَّةُ: لَا يَصِحُّ إِذَا عَرَفَهُ الْمُبْرِيُّ سَوَاءً عَلِمَ الْمُبْرِيُّ بِمَعْرِفَتِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ وَفِيهِ تَخْرِيجٌ أَنَّهُ إِنْ عَلِمَ مَعْرِفَتَهُ صَحَّ وَإِنْ ظَنَّ جَهْلَهُ لَمْ يَصِحَّ، لِأَنَّهُ غَارٌ لَهُ. وَالثَّلَاثَةُ: لَا يَصِحُّ الْبَرَاءَةُ مِنَ الْمَجْهُولِ وَإِنْ جَهَلَهُ إِلَّا فِيمَا تَعَدَّرَ عِلْمُهُ لِلضَّرُورَةِ وَكَذَلِكَ الْبَرَاءَةُ مِنَ الْحُقُوقِ فِي الْأَعْرَاضِ وَالْمَطَالِمِ.

وَمِنْهَا: الْبَرَاءَةُ مِنْ عِيُوبِ الْمُبِيعِ إِذَا لَمْ يُعَيَّنْ مِنْهَا شَيْءٌ وَفِيهِ رَوَايَتَانِ: أَشْهَرُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ. وَالثَّانِيَّةُ: يَبْرَأُ إِلَّا مِنْ عِيْبٍ عَلِمَهُ فَكْتَمَهُ لِتَغْيِيرِهِ وَغَشْيِهِ، وَخَرَجَ أَبُو الْخَطَّابِ وَجْهًا آخَرَ بِالصَّحَّةِ مُطْلَقًا مِنَ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْمَجْهُولِ.

وَمِنْهَا: إِجَازَةُ الْوَصِيَّةِ الْمَجْهُولَةِ وَفِي صِحَّتِهَا وَجْهَانِ.

* * *

القاعدة الخامسة بعد المائة:

فِي إِضَافَةِ الْإِنْشَاءَاتِ وَالْإِخْبَارَاتِ إِلَى الْمُبْهَمَاتِ: أَمَّا الْإِنْشَاءَاتُ فَمِنْهَا الْعُقُودُ

(١) وصورة ذلك لو كان على إنسان ديتان وإبراه من أحدهما لا بعينه أو كان له ديتان على شخصين وإبراه أحدهما لا بعينه.

(٢) عند الحنفية في قول أبي يوسف وعليه الفتوى البراءة قضاء وديانة، والبعض ذهب إلى عدم البراءة ويأث على أساس أنه لو علم بذلك الحق لم يرثهما. حاشية ابن عابدين (٢٤٩/٦).

وعند المالكية جواز البراءة من المجهول والصلح منه وهبته. التمهيد لابن عبد البر (٢٢٢/٢٢).

وَهِيَ أَنْوَاعٌ:

أَحَدُهَا: عَقُودُ التَّمْلِيكَاتِ الْمَحْضَةِ كَالْبَيْعِ وَالصِّلْحِ بِمَعْنَاهُ وَعَقُودُ التَّوَثُّقَاتِ كَالرَّهْنِ وَالْكَفَالَةِ وَالتَّبَرُّعَاتِ اللَّازِمَةِ بِالْعَقْدِ أَوْ بِالْقَبْضِ بَعْدَهُ كَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ. فَلَا يَصِحُّ فِي مُبْهِمٍ مِنْ أَعْيَانٍ مُتَفَاوِتَةٍ كَعَبْدٍ مِنْ عَيْدٍ وَشَاؤٍ مِنْ قَطِيعٍ وَكَفَالَةٍ أَحَدِ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ وَضَمَانٍ أَحَدِ هَذَيْنِ الدَّيْنَيْنِ، وَفِي الْكَفَالَةِ احْتِمَالٌ، لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ فَهُوَ كَالْإِعَارَةِ وَالْإِبَاحَةِ وَيَصِحُّ فِي مُبْهِمٍ مِنْ أَعْيَانٍ مُتَسَاوِيَةٍ مُخْتَلِطَةٍ كَقَفِيزٍ صَبْرَةٍ فَإِنْ كَانَتْ مُتَمَيِّزَةً مُتَفَرِّقَةً فَفِيهِ احْتِمَالَانِ ذَكَرَهُمَا فِي التَّلْخِيصِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي الصَّحَّةُ فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي الْخِلَافِ أَنَّهُ يَصِحُّ إِجَارَةُ عَيْنٍ مِنْ أَعْيَانٍ مُتَقَارِبَةٍ النَّفْعِ، لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تَتَفَاوَتُ كَالْأَعْيَانِ وَإِنْ كَانَتْ مُخْتَلِفَةً مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ كَصَبْرَةٍ مُخْتَلِفَةٍ الْأَجْزَاءِ فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْبُطْلَانُ كَالْأَعْيَانِ الْمُتَمَيِّزَةِ. وَالثَّانِي: الصَّحَّةُ وَلَهُ مِنْ كُلِّ نَوْعٍ بِحَصَّتِهِ

وَالثَّانِي: عَقُودُ مُعَاوَضَاتٍ غَيْرِ مُتَمَحِّضَةٍ كَالصَّدَاقِ وَعَوُضِ الْخُلْعِ وَالصِّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمَدِ فِي صِحَّتِهَا عَلَى مُبْهِمٍ مِنْ أَعْيَانٍ مُخْتَلِفَةٍ وَجْهَانِ أَصَحُّهُمَا الصَّحَّةُ وَفِي الْكِنَايَةِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا كَذَلِكَ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي. وَالثَّانِي: لَا تَصِحُّ وَجْهًا وَاحِدًا، لِأَنَّ عَوُضَهَا مَالٌ مَحْضٌ، وَالثَّلَاثُ: عَقْدُ تَبَرُّعٍ مُعَلَّقٌ بِالْمَوْتِ فَيَصِحُّ فِي الْمُبْهِمِ بِغَيْرِ خِلَافٍ لِمَا دَخَلَهُ مِنَ التَّوَسُّعِ كَعَبْدٍ مِنْ عَيْدِهِ وَشَاؤٍ مِنْ قَطِيعِهِ وَهَلْ يُعَيَّنُ بَتَعْيِينِ الْوَرِثَةِ أَوْ بِالْقُرْعَةِ عَلَى رَوَاتِبَيْنِ، وَمِثْلُهُ عَقُودُ التَّبَرُّعَاتِ كَالْإِعَارَةِ أَحَدِ هَذَيْنِ الثَّوْبَيْنِ وَإِبَاحَةِ أَحَدِ هَذَيْنِ الرَّغِيفَيْنِ، وَكَذَلِكَ عَقُودُ الْمُشَارَكَاتِ وَالْأَمَانَاتِ الْمَحْضَةِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: ضَارِبٌ بِأَحَدِي هَاتَيْنِ الْمَائَتَيْنِ وَهُمَا فِي كَيْسَيْنِ وَدَعَّ عَنْكَ الْأُخْرَى عِنْدَكَ وَدِيعَةً، أَوْ ضَارِبٌ مِنْ هَذِهِ الْمَائَةِ بِخَمْسِينَ فَإِنَّهُ يَصِحُّ التَّمَاثُلُ ذَكَرَهُ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ. فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْإِنْهَامُ فِي التَّمْلُكِ فَإِنْ كَانَ عَلَى وَجْهِ يَثُولُ إِلَى الْعِلْمِ كَقَوْلِهِ: أَعْطُوا أَحَدَ هَذَيْنِ كَذَا صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ كَمَا لَوْ قَالَ فِي الْجَعَالَةِ: مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ كَذَا، وَإِنْ كَانَ عَلَى وَجْهِ لَا يَثُولُ إِلَى الْعِلْمِ كَالْوَصِيَّةِ لِأَحَدِ هَذَيْنِ فَفِيهِ رَوَاتِبَانِ وَعَلَى الصَّحَّةِ يُمَيِّزُ بِالْقُرْعَةِ، وَأَمَّا الْفُسُوحُ فَمَا وَضِعَ مِنْهَا عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالسَّرَايَةِ صَحَّ فِي الْمُبْهِمِ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، وَخَرَجَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ وَجْهًا فِي الْوَقْفِ أَنَّهُ كَالْعَتَقِ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّحْرِيرِ وَالْمَذْهَبُ خِلَافُهُ، لِأَنَّ الْوَقْفَ عَقْدُ تَمْلِكٍ فَهُوَ بِالْهَبَةِ أَشْبَهُ. وَأَمَّا الْإِخْبَارَاتُ فَمَا كَانَ مِنْهَا خَيْرًا دِينِيًّا أَوْ كَانَ يَجِبُ بِهِ حَقٌّ عَلَى الْمَخْبَرِ قَبْلَ فِي الْمُبْهِمِ، فَإِنْ تَعَلَّقَ بِهِ وَجُوبٌ حَقٌّ عَلَى غَيْرِهِ لَمْ يَقْبَلْ إِلَّا فِيمَا يَظْهَرُ لَهُ فِيهِ عُدْرُ الْاِشْتِبَاهِ فِيهِ خِلَافٌ. وَإِنْ تَعَلَّقَ بِهِ وَجُوبٌ

الْحَقُّ عَلَى غَيْرِهِ لَغَيْرِهِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ إِخْبَارٍ مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَقُّ وَيُخْرَجُ عَلَى ذَلِكَ مَسْأَلٌ:
مِنْهَا: لَوْ أَخْبَرَهُ أَنَّ كَلْبًا وَلَغَ فِي أَحَدِ هَذَيْنِ الْإِنَاءَيْنِ لَا يَعْنِيهِ قَبْلُ وَصَارَ كَمَنْ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ
طَاهِرٌ بِنَجَسٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَخْبَرَهُ بِنَجَاسَةِ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ، أَوْ أَنَّ أَحَدَ هَذَيْنِ اللَّحْمَيْنِ مَيْتَةٌ وَالْآخَرُ
مَذْكَاةٌ وَنَحْوُ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: الْإِقْرَارُ، فَيَصِحُّ الْمُبْهَمُ وَيُلْزَمُ بِتَعْيِينِهِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: أَحَدُ هَذَيْنِ مَلِكٌ لِفُلَانٍ، أَوْ لَهُ
عِنْدِي دِرْهَمٌ أَوْ دِينَارٌ. وَيَصِحُّ لِلْمُبْهَمِ كَمَا لَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ، أَوْ أَعْتَقَهُ
مَوْرُوئُهُ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ زَوْجٌ لِأَحَدٍ بَنَاتِهِ مِنْ رَجُلٍ وَلَمْ يُسَمِّهَا ثُمَّ مَاتَ فَلِئَظْهَا تُمَيِّزُ
بِالْقُرْعَةِ عَلَى الْمَنْصُوصِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَقَرَّ أَنَّ هَذِهِ الْعَيْنَ الَّتِي فِي يَدِهِ لِأَحَدِ هَذَيْنِ وَدِيعَةٌ وَلَا
أَعْلَمُهُ عَيْنًا فَلِئَظْهُمَا يَقْتَرَعَانِ عَلَيْهَا نَصًّا عَلَيْهِ، وَكَذَا لَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ بَاعَ هَذِهِ الْعَيْنَ مِنْ أَحَدِ هَذَيْنِ
وَهُمَا يَدْعِيَانِهَا فَلِئَظْهُمَا يَقْتَرَعَانِ وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا. نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ
مَنْصُورٍ فِي رَجُلَيْنِ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ ثَوْبًا وَقَالَ أَحَدُهُمَا: اشْتَرَيْتُهُ
بِمِائَةٍ، وَقَالَ: الْآخَرُ بِمِائَتَيْنِ وَأَقَرَّ الْبَائِعُ أَنَّهُ بَاعَهُ بِمِائَتَيْنِ وَلَمْ يَعِينَ، فَلِئَظْهُمَا يَقْرَعُ بَيْنَهُمَا وَإِنْ أَقَامَا
بَيِّنَتَيْنِ وَكَانَ الثَّوْبُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَلَا اعْتِبَارُ بِهِذِهِ الْيَدِ لِلْعِلْمِ
بِمُسْتَنَدِهَا. وَعَنْهُ رَوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُا يَدٌ مُعْتَبَرَةٌ فَتَكُونُ الْعَيْنُ لِصَاحِبِهَا وَمَعَ تَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ
يُخْرَجُ عَلَى الْخِلَافِ فِي بَيِّنَةِ الدَّخِيلِ وَالْخَارِجِ.

وَمِنْهَا: الدَّعْوَى بِالْمُبْهَمِ فَإِنْ كَانَتْ بِمَا يَصِحُّ وَقُوعُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ مُبْهَمًا كَالْوَصِيَّةِ وَالْعَبْدِ
الْمُطْلَقِ فِي الْمُبْهَمِ وَنَحْوِهِ فَلِئَظْهَا تَصَحُّ. قَالَ فِي التَّرْغِيبِ: وَالْحَقُّ أَصْحَابُنَا الْإِقْرَارُ بِذَلِكَ قَالَ
وَالصَّحِيحُ عِنْدِي أَنَّ دَعْوَى الْإِقْرَارِ بِالْمَعْلُومِ لَا يَصِحُّ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِالْحَقِّ وَلَا مُوجِبٌ فَكَيْفَ
بِالْمَجْهُولِ.

وَأَمَّا الدَّعْوَى عَلَى الْمُبْهَمِ، فَلَا تَصَحُّ وَلَا تُسْمَعُ وَلَا يَبْتُغَى بِهَا قَسَامَةٌ وَلَا غَيْرُهَا. فَلَوْ قَالَ:
قَتَلَ أَبِي أَحَدُ هَؤُلَاءِ الْخَمْسَةِ لَمْ يُسْمَعْ. قَالَ فِي التَّرْغِيبِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُسْمَعَ لِلْحَاجَةِ فَإِنْ مِثْلُهُ
يَقَعُ كَثِيرًا وَيَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَالَ: وَكَذَلِكَ وَالْقَبَاءُ فِي دَعْوَى الْغَضَبِ وَالْإِنْثِلَافِ
وَالسَّرْقَةِ وَلَا يَجْرِي فِي الْإِقْرَارِ وَالْبَيْعِ إِذَا قَالَ: نَسِيتُ، لِأَنَّهُ مُقْصَرٌ.

وَمِنْهَا: الشَّهَادَةُ بِالْمُبْهَمِ فَإِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ [يَصِحُّ] مُبْهَمًا صَحَّتْ الشَّهَادَةُ بِهِ كَالْعَتَقِ
وَالطَّلَاقِ وَالْإِقْرَارِ وَالْوَصِيَّةِ وَإِلَّا لَمْ يَصَحَّ لَا سِيمَا الشَّهَادَةُ الَّتِي لَا تَصَحُّ بِدُونِ دَعْوَى فَلِئَظْهَا
تَابِعَةٌ لِلدَّعْوَى فِي الْحُكْمِ، أَمَّا إِنْ شَهِدَتْ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ طَلَّقَ أَوْ أَعْتَقَ أَوْ أَبْطَلَ وَصِيَّةً مُعَيَّنَةً

وَأَدَعَتْ نِسْيَانَ عَيْنَهَا فِي الْقَبُولِ وَجَهَانَ حَكَهُمَا فِي الْمُحَرَّرِ وَجَزَمَ ابْنُ أَبِي مُوسَى بِقَبُولِ
الشَّهَادَةِ بِالرُّجُوعِ عَنْ أَحَدِ الْوَصِيَّتَيْنِ مُطْلَقًا وَكَذَلِكَ حَكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ
أَحْمَدَ فِي شَاهِدَيْنِ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَخَذَ مِنْ يَتِيمٍ أَلْفًا وَشَهِدَ آخَرَانِ عَلَى آخَرٍ أَنَّهُ هُوَ
الَّذِي أَخَذَهَا يَأْخُذُ الْوَلِيَّ بِأَيِّهِمَا شَاءَ وَلَعَلَّ الْمُرَادَ أَنَّهُ إِذَا صَدَّقَ إِحْدَى الْيَتِيمَيْنِ حَكَمَ لَهُ بِهَا.

* * *

فصل:

وَلَوْ تَعَلَّقَ الْإِنْشَاءُ بِاسْمٍ لَا يَتَمَيَّزُ بِهِ مُسَمَّاهُ لَوْفُوعِ الشَّرَكَةِ فِيهِ فَإِنْ لَمْ يَنْوِهِ فِي الْبَاطِنِ مُعَيَّنًا
فَهُوَ كَالْتَصْرِيحِ بِالْإِنْهَاءِ وَإِنْ نَوَى بِهِ مُعَيَّنًا فَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ مِمَّا لَا يَشْتَرِطُ لَهُ الشَّهَادَةُ صَحَّ وَإِلَّا
فَفِيهِ خِلَافٌ وَالْإِخْبَارُ تَابِعٌ لِلْإِنْشَاءِ فِي ذَلِكَ وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: وَرُودُ عَقْدِ النِّكَاحِ عَلَى اسْمٍ لَا يَتَمَيَّزُ مُسَمَّاهُ وَلَا يَصَحُّ. فَلَوْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي وَلَهُ
بَنَاتٌ لَمْ يَصَحَّ، وَأَمَّا إِنْ عَيَّنَا فِي الْبَاطِنِ وَاحِدَةً وَعَقَدَا الْعَقْدَ عَلَيْهَا بِاسْمٍ غَيْرِ مُمَيَّزٍ نَحْوُ أَنْ
يَقُولَ: بِنْتِي وَلَهُ بَنَاتٌ أَوْ يُسَمِّيَهَا بِاسْمٍ وَيَنْوِيهَا فِي الْبَاطِنِ غَيْرَ مُسَمَّاهُ فَفِي الصَّحَّةِ وَجَهَانٍ
اخْتَارَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعِ الصَّحَّةِ وَأَبُو الْخَطَّابِ وَالْقَاضِي فِي مَوْضِعِ آخِرِ الْبُطْلَانِ، وَمَاخَذَهُ
أَنَّ النِّكَاحَ يَشْتَرِطُ لَهُ الشَّهَادَةُ وَيَتَعَدَّرُ الْإِشْهَادُ عَلَى النِّيَّةِ. وَعَنْ أَبِي حَفْصٍ الْعُكْبَرِيِّ إِنْ كَانَتْ
الْمُسَمَّاءُ غَلَطًا لَا يَحِلُّ نِكَاحُهَا لِكُونِهَا مُزَوَّجَةً أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ صَحَّ النِّكَاحُ وَإِلَّا فَلَا، فَلَوْ وَقَعَ
مِثْلُ هَذَا فِي غَيْرِ النِّكَاحِ مِمَّا لَا يَشْتَرِطُ لَهُ الشَّهَادَةُ فَإِنْ قُلْنَا: فِي النِّكَاحِ يَصَحُّ فِي غَيْرِهِ أَوْلَى،
وَإِنْ قُلْنَا: فِي النِّكَاحِ لَا يَصَحُّ فَمَقْتَضَى تَعْلِيلٍ مِنْ عِلَلٍ بِاشْتِرَاطِ الشَّهَادَةِ أَنْ يَصَحَّ فِي غَيْرِهِ
مِمَّا لَا يُعْتَبَرُ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ لِصِحَّتِهَا.

وَمِنْهَا: الْوَصِيَّةُ لِجَارِهِ مُحَمَّدٍ وَلَهُ جَارَانِ بِهَذَا الْاسْمِ فَلَهُ حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يُعْلَمَ بِقَرِينَةٍ أَوْ غَيْرِهَا أَنَّهُ أَرَادَ وَاحِدًا مِنْهُمَا مُعَيَّنًا وَأَشْكَلَ عَلَيْنَا مَعْرِفَتُهُ فَهَهُنَا
يَصَحُّ الْوَصِيَّةُ بِغَيْرِ تَرَدُّدٍ وَيَخْرُجُ الْمُسْتَحَقُّ مِنْهُمَا بِالْقُرْعَةِ عَلَى قِيَاسِ الْمَذْهَبِ فِي اشْتِبَاهِ
الْمُسْتَحَقِّ لِلْمَالِ بِغَيْرِهِ مِنَ الزَّوْجَةِ الْمُطْلَقَةِ، وَالسَّلْعَةِ الْمِيعَةِ وَغَيْرِهِمَا.

وَالْحَالَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يُطْلَقَ وَقَدْ يَذْهَلُ عَنْ تَعْيِينِ أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ فَهُوَ كَالْوَصِيَّةِ لِأَحَدِهِمَا
مُبْهَمًا، وَكَذَلِكَ حَكَى الْأَصْحَابُ فِي الصَّحَّةِ رَوَايَتَيْنِ وَلَكِنْ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ الصَّحَّةُ.

قَالَ صَالِحٌ: سَأَلْتُ أَبِي عَنْ رَجُلٍ مَاتَ وَلَهُ ثَلَاثَةُ غُلَمَانٍ ثَلَاثَتُهُمْ اسْمُهُمْ فَرَجٌ فَوَصَّى عِنْدَ
مَوْتِهِ فَقَالَ فَرَجٌ حُرٌّ وَفَرَجٌ لَهُ مِائَةٌ وَفَرَجٌ لَيْسَ لَهُ شَيْءٌ. قَالَ أَبِي: يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ فَمَنْ أَصَابَتْهُ

الْقُرْعَةُ فَهُوَ حُرٌّ وَأَمَّا صَاحِبُ الْمِائَةِ فَلَا شَيْءَ لَهُ وَذَلِكَ أَنَّهُ عَبْدٌ وَالْعَبْدُ هُوَ وَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ. وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى الصَّحَّةِ مَعَ اشْتِرَاكِ الْأَسْمِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا عَلَّلَ الْبُطْلَانَ هَاهُنَا لِكَوْنِهِ عَبْدًا فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ حُرًّا لَاسْتَحَقَّ، وَزَعَمَ صَاحِبُ الْمُعْنِي أَنَّ رَوَايَةَ صَالِحٍ تَدُلُّ عَلَى بُطْلَانِ الْوَصِيَّةِ وَخَالَفَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ. وَنَقَلَ حَنْبَلٌ، قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ: فِي رَجُلٍ لَهُ غُلَامَانِ اسْمُهُمَا وَاحِدٌ فَأَوْصَى عِنْدَ مَوْتِهِ فَقَالَ: فَلَانٌ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي لِأَحَدِ الْغُلَامَيْنِ وَلَهُ مِائَتَا دِرْهَمٍ، وَفُلَانٌ لَيْسَ هُوَ حُرٌّ وَاسْمُهُمَا وَاحِدٌ، فَقَالَ: يَقْرَعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ أَصَابَتْهُ الْقُرْعَةُ فَهُوَ حُرٌّ وَأَمَّا صَاحِبُ الْمِائَتَيْنِ فَلَيْسَ لَهُ شَيْءٌ وَذَلِكَ أَنَّهُ عَبْدٌ وَالْعَبْدُ وَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ وَهَذِهِ لَا تَدُلُّ عَلَى مِثْلِ مَا دَلَّتْ عَلَيْهِ رَوَايَةُ صَالِحٍ لَكِنَّ السُّؤَالَ يَقْتَضِي أَنَّ الْمُوصَى لَهُ بِالْمِائَتَيْنِ هُوَ الْعَتِيقُ وَالْجَوَابُ يَدُلُّ عَلَى خِلَافِهِ، وَمِنْ ثَمَّ زَعَمَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ أَنَّهَا تَدُلُّ عَلَى بُطْلَانِ الْوَصِيَّةِ لِلْإِنْهَامِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا عَلَّلَ لِكَوْنِهِ عَبْدًا لَمْ يُعْتَقْ وَتَأَوَّلَهَا الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَمْ تَصَحَّ لِكَوْنِهِ عَبْدًا حَالَ الْإِبْصَاءِ وَلَا يَكْفِي حُرِّيَّتُهُ حَالَ الْأَسْتِحْقَاقِ، وَعَلَى هَذَا فَلَا تَصَحُّ الْوَصِيَّةُ لِأَمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ وَهُوَ ضَعِيفٌ جِدًّا. وَجَوَابُ أَحْمَدَ إِنَّمَا يَنْتَزِلُ عَلَى أَنَّ الْمُوصَى لَهُ بِالْأَنْدَرَاهِمِ غَيْرُ الْمُعْتَقِ. وَنَقَلَ يَعْقُوبُ بْنُ بُخْتَانَ أَنَّ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ سَأَلَ عَنْ رَجُلٍ لَهُ ثَلَاثَةُ غُلَامَانِ اسْمُهُمْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فَرَجٌ، فَقَالَ: فَرَجٌ حُرٌّ وَلِفَرَجٍ مِائَةُ دِرْهَمٍ. قَالَ: يَقْرَعُ بَيْنَهُمْ فَمَنْ خَرَجَ سَهْمُهُ فَهُوَ حُرٌّ وَالَّذِي أَوْصَى لَهُ بِالْمِائَةِ لَا شَيْءَ لَهُ، لِأَنَّ هَذَا مِيرَاثٌ، وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ مِنْ جَنْسٍ مَا قَبْلَهَا حَيْثُ عَلَّلَ فِيهَا بِبُطْلَانِ الْوَصِيَّةِ بِكَوْنِ الْعَبْدِ الْمُوصَى لَهُ مِيرَاثًا لِلْوَرِثَةِ فَهَذِهِ الرِّوَايَاتُ الَّتِي سَاقَهَا الْخَلَالُ فِي الْجَامِعِ وَكُلُّهَا دَالَّةٌ عَلَى الصَّحَّةِ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَسَاقَهَا أَبُو بَكْرٍ فِي الشَّافِي عَلَى أَنَّ الْمُوصَى لَهُ بِالْأَنْدَرَاهِمِ هُوَ الْمُعْتَقُ وَأَنَّ أَحْمَدَ صَحَّحَ الْوَصِيَّةَ لَهُ فِي رَوَايَةِ صَالِحٍ وَأَبْطَلَهَا فِي رَوَايَةِ حَنْبَلٍ، قَالَ أَبُو بَكْرٍ: وَبِالصَّحَّةِ أَقُولُ، وَفِي الْخَلَالِ أَيْضًا عَنْ مُهَنَّأٍ أَنَّ أَحْمَدَ قَالَ فِي رَجُلَيْنِ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَوْصَى عِنْدَ مَوْتِهِ لِفُلَانِ بْنِ فُلَانٍ مِنْ أَصْحَابِ فُلَانٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ أَوْ أَحَالَهُ بِهَا وَالشُّهُودُ لَا يَعْرِفُونَ فُلَانِ بْنَ فُلَانٍ كَيْفَ يَصْنَعُونَ وَقَدْ مَاتَ الرَّجُلُ؟ قَالَ: يَنْظُرُونَ فِي أَصْحَابِ فُلَانٍ فِيهِمْ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ مِنْ أَصْحَابِ فُلَانٍ؟ قُلْتُ: فَإِنْ جَاءَ رَجُلَانِ فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَنَا فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ مِنْ أَصْحَابِ فُلَانٍ قَالَ: فَلَا يَدْفَعُ إِلَيْهِمَا شَيْئًا حَتَّى يَكُونَ رَجُلٌ وَاحِدٌ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ أَحْمَدَ لَمْ يَتَوَقَّفْ فِي الدَّفْعِ إِلَّا لِيَتَبَيَّنَ الْمُسْتَحَقُّ مِنْ غَيْرِهِ لَا لِصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ فَإِنَّهَا هَاهُنَا لِمُعَيَّنٍ فِي نَفْسٍ وَإِنَّمَا اشْتَبَهَ عَلَيْنَا لِاشْتِرَاكِ الْأَسْمَيْنِ فَلِذَلِكَ وَقِفَ الدَّفْعُ عَلَى مَعْرِفَةِ عَيْنِ الْمُسْتَحَقِّ إِذَا رُجِيَ انْكِشَافُ الْحَالِ وَأَمَّا مَعَ الْإِيَّاسِ مِنْ

ذَلِكَ فَيَتَعَيَّنُ تَعَيِّنَ الْمُسْتَحَقَّ بِالْقُرْعَةِ قَالَهُ بَعْضُ الْأَصْحَابِ الْمُتَقَدِّمِينَ وَهُوَ الْحَقُّ.

وَمِنْهَا: اشْتِبَاهُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ إِذَا كَتَبَ الْقَاضِي إِلَى قَاضِي بَلَدٍ آخَرَ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ الْمُسَمَّى الْمَوْصُوفِ كَذَا. فَأَحْضَرَهُ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ بِالْصِّفَةِ وَالنَّسَبِ فَادَّعَى أَنَّ لَهُ مُشَارَكَاً فِي ذَلِكَ وَلَمْ يَثْبُتْ حُكْمٌ عَلَيْهِ وَإِنْ أَثْبِتَ أَنَّ لَهُ مُشَارَكَاً فِي الْأِسْمِ وَالْصِّفَةِ وَالنَّسَبِ وَقَفَ حَتَّى يُعْلَمَ الْخَصْمُ مِنْهُمَا وَلَمْ يَجْزِ الْقَضَاءُ مَعَ عَدَمِ الْعِلْمِ. أَمَّا لَوْ كَانَ الْمُدْعِي الْمَكْتُوبُ فِيهِ حَيَوَاناً أَوْ عَبْدًا مَوْصُوفًا وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ مُشَارِكٌ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَشْهَرُهُمَا: أَنَّهُ يُسَلَّمُ إِلَى الْمُدْعِي مَخْتُومُ الْعِتْقِ وَيُؤْخَذُ مِنْهُ كَفِيلٌ حَتَّى يَأْتِيَ الْقَاضِي الْكَاتِبُ فَيَشْهَدَ الشُّهُودَ عَلَى عَيْنِهِ وَيَقْضَى لَهُ بِهِ، وَإِنْ يَشْهَدُوا عَلَى عَيْنِهِ وَجَبَ رَدُّهُ إِلَى الْحَاكِمِ الَّذِي سَلَّمَهُ وَيَكُونُ فِي ضَمَانِ الَّذِي أَخَذَهُ، لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ اسْتِحْقَاقٍ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: لَا يُسَلَّمُ إِلَّا بِالشَّهَادَةِ عَلَى عَيْنِهِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الَّتِي قَبْلَهَا أَنَّ الْحُرَّ قَدْ طَابَقَ قَوْلَ الْمُدْعِي اسْمَهُ وَنَسَبَهُ وَصِفَتَهُ فَيَعْدُ الْاِشْتِرَاقَ، وَالْعَبْدُ وَالْحَيَوَانُ إِنَّمَا حَصَلَ الْاِتِّفَاقُ فِي وَصْفِهِ أَوْ فِي وَصْفِهِ وَاسْمِهِ وَالْوَصْفُ كَثِيرُ الْاِشْتِبَاهِ وَكَذَلِكَ الْأِسْمُ وَنَظِيرُ هَذَا مَا ذَكَرُوهُ فِي شَهَادَةِ الْأَعْمَى أَنَّهُ إِنْ عَرَفَ الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ قِيلَتْ شَهَادَتُهُ وَإِنْ عَرَفَهُ بِرُؤْيَيْهِ قَبْلَ عَمَاهُ فَوَصَفَهُ فِي قَبُولِهَا وَجْهَانِ، لِأَنَّ الْوَصْفَ الْمُجَرَّدَ يَحْصُلُ فِيهِ الْاِشْتِرَاقُ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ لَهُ ابْنَتَانِ اسْمُهُمَا وَاحِدٌ فَوَهَبَ لِأَحَدَاهُمَا شَيْئًا أَوْ أَقْرَلَهَا ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يَبَيَّنْ فَقَالَ الْقَاضِي فِي بَعْضِ تَعَالِيْقِهِ: قِيَاسُ الْمَذْهَبِ إِخْرَاجُ الْمُسْتَحَقَّةِ مِنْهُمَا بِالْقُرْعَةِ كَمَا لَوْ أَقْرَلَهُ أَنَّهُ زَوْجٌ لِأَحَدِي بَنَاتِهِ ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يَبَيَّنْ، وَهَذَا صَحِيحٌ، لِأَنَّ الْهَبَةَ وَالْإِقْرَارَ هُنَا وَقَعَ لِمَعْنَى فِي الْبَاطِنِ وَإِنَّمَا أَشْكَلَ عَلَيْنَا الْوُقُوفُ عَلَيْهِ فَيُمَيِّزُ بِالْقُرْعَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وُجِدَ فِي كِتَابٍ وَقَفَ أَنْ رَجُلًا وَقَفَ عَلَى فُلَانٍ وَبَنِي بَيْنِهِ وَاشْتَبَهَ هَلِ الْمُرَادُ بَنِي بَيْنِهِ، جَمْعُ ابْنٍ، أَوْ بَنِي بَيْنِهِ، وَاحِدَةُ الْبَنَاتِ، قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُتُوْهِ: يَكُونُ بَيْنَهُمَا عِنْدَنَا لِتَسَاوِيهِمَا كَمَا فِي تَعَارُضِ الْبَنَاتِ. قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: لَيْسَ هَذَا تَعَارُضَ الْبَيْتَيْنِ بَلْ هُوَ بِمَنْزِلَةِ تَرَدُّدِ الْبَيْتَةِ الْوَاحِدَةِ وَلَوْ كَانَ مِنْ تَعَارُضِ الْبَيْتَيْنِ فَالْقِسْمَةُ عِنْدَ التَّعَارُضِ رَوَايَةٌ مَرْجُوحَةٌ وَإِلَّا فَالْصَّحِيحُ إِمَّا التَّسَاقُطُ وَإِمَّا الْقُرْعَةُ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقْرَعَ هُنَا، لِأَنَّ الْحَقَّ ثَبِتَ لِأَحَدِي الْجِهَتَيْنِ وَلَمْ يُعْلَمْ عَيْنُهَا، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجَعَ بَنُو الْبَيْنِ، لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا وَقَفَ عَلَى وَلَدٍ بَيْنِهِ لَا يَخْصُ مِنْهُمْ الذُّكُورَ بَلْ يَعْمُ أَوْلَادَهُمْ بِخِلَافِ الْوُقُوفِ عَلَى وَلَدِ الذُّكُورِ فَإِنَّهُ يَخْصُ ذُكُورَهُمْ كَثِيرًا كَابَائِهِمْ وَلَئِنْ لَوْ أَرَادَ وَلَدَ الْبَيْتِ لَسَمَّاَهَا بِاسْمِهَا أَوْ لَشَرَكَ

بَيْنَ وَلَدِهَا وَوَلَدِ سَائِرِ بَنَاتِهِ، قَالَ: وَهَذَا أَقْرَبُ إِلَى الصَّوَابِ. وَأَقْتَى رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَنْ وَقَفَ عَلَى أَحَدِ أَوْلَادِهِ وَلَهُ عِدَّةُ أَوْلَادٍ وَجَهْلَ اسْمِهِ أَنَّهُ يُمَيِّزُ بِالْفَرْعَةِ.

* * *

القاعدة السادسة بعد المائة:

يَنْزِلُ الْمَجْهُولُ مَنَزَلَةَ الْمَعْدُومِ وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ بَقَاءً إِذَا يَتَسَّرَ مِنَ الْوُقُوفِ عَلَيْهِ أَوْ شَقَّ اعْتِبَارُهُ وَذَلِكَ فِي مَسَائِلَ:

مِنْهَا: الزَّائِدُ عَلَى مَا تَجَلَّسَهُ الْمُسْتَحَاضَةُ مِنْ أَقْلِ الْحَيْضِ أَوْ غَالِيهِ إِلَى مُتَهَيِّ أَكْثَرِهِ، حُكْمُهُ حُكْمُ الْمَعْدُومِ حَيْثُ حَكَمْنَا فِيهَا لِلْمَرْأَةِ بِأَحْكَامِ الطَّاهِرَاتِ كُلِّهَا فَإِنَّ مُدَّةَ الاسْتِحَاضَةِ تَطُولُ وَلَا غَايَةَ لَهَا تَنْتَظَرُ بِخِلَافِ الزَّائِدِ عَلَى الْأَقْلِ فِي حَقِّ الْمُبْتَدَأَةِ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ حَيْثُ تَقْضِي الصَّوْمَ الْوَاقِعَ فِيهِ قَبْلَ ثُبُوتِ الْعَادَةِ بِالتَّكْرَارِ، لِأَنَّ أَمْرَهُ يَنْكَشِفُ بِالتَّكْرَارِ عَنْ قُرْبٍ. وَكَذَلِكَ النَّفَاسُ الْمَشْكُوكُ فِيهِ تَقْضِي فِيهِ الصَّوْمَ، لِأَنَّهُ لَا يَتَكَرَّرُ.

وَمِنْهَا: اللَّقْطَةُ بَعْدَ الْحَوْلِ فَإِنَّمَا تَتَمَلَّكُ لِجَهَالَةِ رَبِّهَا وَمَا لَا يَتَمَلَّكُ مِنْهَا يَتَصَدَّقُ بِهِ عَنْهُ عَلَى الصَّحِيحِ وَكَذَلِكَ الْوَدَائِعُ وَالْغُصُوبُ وَنَحْوُهَا.

وَمِنْهَا: مَالٌ مَنْ لَا يُعْلَمُ لَهُ وَارِثٌ فَإِنَّهُ يُوضَعُ فِي بَيْتِ الْمَالِ كَالضَّائِعِ مَعَ أَنَّهُ لَا يَخْلُو مِنْ بَنِي عَمٍّ أَعْلَى إِذِ النَّاسُ كُلُّهُمْ بَنُو آدَمَ فَمَنْ كَانَ أَسْبَقَ إِلَى الْاجْتِمَاعِ مَعَ الْمَيِّتِ فِي أَبِي مِنْ آبَائِهِ فَهُوَ عَصْبَتُهُ وَلَكِنَّهُ مَجْهُولٌ فَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ حُكْمٌ. وَجَازَ صَرْفُ مَالِهِ فِي الْمَصَالِحِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ لَهُ مَوْلَى مُعْتَقٌ لَوَرِثَهُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ وَلَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى هَذَا الْمَجْهُولِ. وَلَنَا رَوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ يَتَّقِلُ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ إِرْثًا لِهَذَا الْمَعْنَى فَإِنْ أُريدَ أَنَّ اشْتِبَاهَ الْوَارِثِ بغيرِهِ يُوجِبُ الْحُكْمَ بِالْإِرْثِ لِلْكُلِّ فَهُوَ مُخَالَفٌ لِقَوَاعِدِ الْمَذْهَبِ وَإِنْ أُريدَ أَنَّهُ إِرْثٌ فِي الْبَاطِنِ لِمُعَيَّنٍ فَيَحْفَظُ مِيرَاثُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ثُمَّ يَصْرَفُ فِي الْمَصَالِحِ لِلْجَهْلِ بِمُسْتَحَقِّهِ عَيْنًا فَهُوَ وَالْأَوَّلُ بِمَعْنَى وَاحِدٍ وَيَنْبَنِي عَلَى ذَلِكَ مَسْأَلَةُ اقْتِصَاصِ الْإِمَامِ مِنْ قَتْلِ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ وَفِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَانِ: مِنْهُمْ مَنْ بَنَاهُمَا عَلَى أَنَّ بَيْتَ الْمَالِ هَلْ هُوَ وَارِثٌ أَمْ لَا؟ وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَا يَنْبَنِي عَلَى ذَلِكَ، ثُمَّ لَهُمْ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَقْتَصُّ وَلَوْ قُلْنَا: بِأَنَّهُ وَارِثٌ، لِأَنَّ فِي الْمُسْلِمِينَ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونِ وَالْغَائِبُ وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي الْخَطَّابِ.

وَالثَّانِي: يَجُوزُ الْاِقْتِصَاصُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَيْسَ بِوَارِثٍ، لِأَنَّ وَلَايَةَ الْإِمَامِ وَنَظَرَهُ فِي الْمَصَالِحِ

قَائِمٌ مَقَامَ الْوَارِثِ وَهُوَ مَاخُذُ ابْنِ الزَاغُونِي.

وَمِنْهَا: إِذَا اشْتَبَهَتْ أُخْتُهُ نِسَاءَ أَهْلِ مِصْرَ جَازَ لَهُ الْإِفْدَامُ عَلَى النِّكَاحِ مِنْ نِسَائِهِ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى التَّحَرِّيِّ فِي ذَلِكَ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَبَهَتْ مَيْتَةً بِلَحْمِ أَهْلِ مِصْرَ أَوْ قَرِيَّةٍ، أَوْ اشْتَبَهَ حَرَامٌ قَلِيلٌ بِمَبَاحٍ كَثِيرٍ وَنَحْوُ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَكْثُرَ الْحَرَامُ وَيَغْلِبَ فَيُخْرَجُ الْمَسْأَلَةُ عَلَى تَعَارُضِ الْأَصْلِ وَالظَّاهِرِ كَثِيَابِ الْكُفَّارِ وَأَوَانِيهِمْ.

وَمِنْهَا: طِبْنُ الشُّوَارِعِ مَحْكُومٌ بِطَهَارَتِهِ عَلَى الصَّحِيحِ الْمَنْصُوصِ.

وَمِنْهَا: إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنْ نِسَائِهِ وَأَنْسَبَهَا فَإِنَّهَا تُمَيِّزُ بِالْقُرْعَةِ وَيَحِلُّ لَهُ وَطْءُ الْبَوَاقِي عَلَى الْمَذْهَبِ الصَّحِيحِ الْمَشْهُورِ وَكَذَلِكَ لَوْ أَعْتَقَ وَاحِدَةً مِنْ إِمَائِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَحْرَمَ بِنْسِكَ وَأَنْسَبَهُ ثُمَّ عَيَّنَهُ بِقِرَانٍ فَإِنَّهُ يُجْزئُهُ عَنِ الْحَجِّ، وَهَلْ يُجْزئُهُ عَنِ الْعُمْرَةِ؟ وَجْهَيْنِ:

أَشْهُرُهُمَا: عِنْدَ الْمُتَأَخِّرِينَ لَا يُجْزئُهُ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ أَحْرَمَ بِحَجٍّ أَوْ لَا، ثُمَّ أَدْخَلَ عَلَيْهِ الْعُمْرَةَ بَيْنَهُ الْقِرَانَ فَلَا تَصِحُّ عُمْرَتُهُ. وَالثَّانِي: يُجْزئُهُ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُنْعَى مِنْ إِدْخَالِ الْعُمْرَةِ عَلَى الْحَجِّ مَعَ الْعِلْمِ فَأَمَّا مَعَ عَدَمِهِ فَلَا تَنْزِيلًا لِلْمَجْهُولِ كَالْمَعْدُومِ فَكَأَنَّهُ ابْتَدَأَ الْإِحْرَامَ بِهِمَا مِنْ حِينَ التَّعْيِينِ.

* * *

القاعدة السابعة بعد المائة:

تَمْلِكُ الْمَعْدُومُ، وَالْإِبَاحَةُ لَهُ نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ فَيَصِحُّ فِي الْوَقْفِ وَالْإِجَازَةِ وَهَذَا إِذَا صَرَّحَ بِدُخُولِ الْمَعْدُومِ فَأَمَّا إِنْ لَمْ يُصَرَّحْ وَكَانَ الْمَحِلُّ لَا يَسْتَلْزِمُ الْمَعْدُومَ فَبِي دُخُولِهِ خِلَافٌ، وَكَذَا لَوْ انْتَقَلَ الْوَقْفُ إِلَى قَوْمٍ فَحَدَّثَ مَنْ يُشَارِكُهُمْ وَتَخَرَّجَ عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الْإِجَازَةُ لِفُلَانٍ وَلَكِنْ يُؤَلِّدُ لَهُ فَإِنَّهَا تَصِحُّ وَفَعَلَ ذَلِكَ أَبُو بَكْرُ بْنُ أَبِي دَاوُدَ [وَهُوَ] مِنْ أَعْيَانِ أَصْحَابِنَا فَإِنَّهُ أَجَازَ لِشَخْصٍ وَوَلَدِهِ وَلِحَبْلِ الْحَبْلَةِ.

وَمِنْهَا: الْإِجَازَةُ لِمَنْ يُؤَلِّدُ لِفُلَانٍ ابْتِدَاءً فَأَقْتَى الْقَاضِي فِيهَا بِالصَّحَّةِ مُطْلَقًا نَقْلَهُ عَنْهُ أَبُو بَكْرٍ الْخَطِيبُ. وَقِيَاسُ قَوْلِهِ فِي الْوَقْفِ عَدَمُ الصَّحَّةِ.

وَمِنْهَا: الْوَقْفُ عَلَى مَنْ سَيُولَدُ لَهُ فَصَرَّحَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ، لِأَنَّهُ وَقَفَ عَلَى

مَنْ لَا يَمْلِكُ فِي الْحَالِ وَأَقْتَصَرَ عَلَيْهِ فَلَمْ يَصِحَّ كَمَا لَوْ وَقَفَ عَلَى الْعَبْدِ. قَالَ أَحْمَدُ: فِي رَوَايَةٍ صَالِحِ الْوَقْفِ لِمَا يَكُونُ أَنْ يُوقَفَهُ عَلَى وَلَدِهِ أَوْ مَنْ يَكُونُ مِنْ أَقَارِبِهِ فَإِذَا انْقَرَضُوا فَهُوَ صَدَقَةٌ عَلَى الْمَسَاكِينِ أَوْ مَنْ رَأَى، قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: ظَاهِرُهُ يُعْطَى صِحَّةُ الْوَقْفِ ابْتِدَاءً عَلَى مَنْ يُؤْلَدُ لَهُ أَوْ مَنْ يُوجَدُ مِنْ أَقَارِبِهِ وَهَذَا عِنْدِي وَقَفٌ مُعْلَقٌ بِشَرْطٍ. انْتَهَى. وَيُمْكِنُ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى أَنْ مُرَادَهُ مَنْ يَكُونُ [مَوْجُودًا] مِنْ أَقَارِبِهِ فَيَكُونُ كَانَ نَاقِصَةً وَخَبَرَهَا مَحْذُوفًا.

وَمِنْهَا: الْوَقْفُ عَلَى وَلَدِهِ ^(١) وَوَلَدُ وَلَدِهِ أَبَدًا أَوْ مَنْ يُؤْلَدُ لَهُ فَيَصِحُّ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ نَصٌّ عَلَيْهِ. وَمِنْهَا: لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ وَلَهُ أَوْلَادٌ مَوْجُودُونَ ثُمَّ حَدَّثَ لَهُ وَلَدٌ آخَرُ فَقَبِي دُخُولُهُ رَوَايَتَانِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ دُخُولُهُ فِي الْمَوْثُودِ قَبْلَ تَأْيِيرِ النَّخْلِ وَقَدْ سَبَقَ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ وَأَفْتَى بِهِ ابْنُ الزَّاعُونِي.

وَمِنْهَا: لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ ثُمَّ عَلَى وَلَدِهِمْ أَبَدًا عَلَى أَنَّ مَنْ مَاتَ عَنْ وَلَدٍ فَنَصَبِيَّةُ لَوْلَا ^(٢) وَمَنْ مَاتَ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ فَنَصَبِيَّةُ لِمَنْ فِي دَرَجَتِهِ فَكَانَ فِي دَرَجَتِهِ عِنْدَ مَوْتِهِ اثْنَانِ مَثَلًا فَتَنَازَلَا نَصَبِيَّةُ ثُمَّ حَدَّثَ ثَالِثٌ فَهَلْ يُشَارِكُهُمْ يُخْرَجُ فِيهِ وَجْهَانِ مِنَ الَّتِي قَبْلَهَا وَالْدُخُولُ هُنَا أَوَّلَى وَبِهِ أَفْتَى الشَّيْخُ شَمْسُ الدِّينِ بْنُ أَبِي عُمَرَ الْمُقَدِّسِي، لِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَى الْأَوْلَادِ قَدْ يُلْحَظُ فِيهِمْ أَعْيَانُ الْمَوْجُودِينَ عِنْدَ الْوَقْفِ بِخِلَافِ الدَّرَجَةِ وَالطَّبَقَةِ فَإِنَّهُ لَا يُلْحَظُ فِيهِ إِلَّا مُطْلَقُ النِّجْهَةِ وَعَلَى هَذَا فَلَوْ حَدَّثَ مَنْ هُوَ أَعْلَى مِنَ الْمَوْجُودِينَ وَكَانَ فِي الْوَقْفِ اسْتِحْقَاقُ الْأَعْلَى فَالْأَعْلَى، فَإِنَّهُ يَفْتَرِغُهُ مِنْهُمْ. وَأَمَّا حُكْمُ الْوَصِيَّةِ فَإِنَّهَا لَا تَصِحُّ لِمَعْدُومٍ بِالْأَصَالَةِ كَمَنْ [أَوْصَى] بِحِمْلِ هَذِهِ الْجَارِيَةِ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَفِي دُخُولِ الْمُتَجَدِّدِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ وَقَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي رَوَايَتَانِ.

وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيمَنْ وَصَّى لِمَوَالِيهِ وَلَهُ مُدَبَّرُونَ وَأَمَهَاتُ أَوْلَادِهِمْ يَدْخُلُونَ وَعَلَّلَ بِأَنَّهُمْ مَوَالٍ حَالِ الْمَوْتِ وَالْوَصِيَّةُ تُعْتَبَرُ بِحَالِ الْمَوْتِ وَخَرَجَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْمُتَجَدِّدِ بَيْنَ الْوَصِيَّةِ وَالْمَوْتِ. قَالَ: بَلْ هَذَا مُتَجَدِّدٌ بَعْدَ الْمَوْتِ فَمَنْعُهُ أَوَّلَى وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ يَتَوَجَّهُ إِنْ عَلَقْنَا الْوَصِيَّةَ بِصِدْقِ الْأَسْمِ فَأَمَّا إِنْ كَانَ قَصْدُ الْمُوصِي الْوَصِيَّةَ لِأَعْيَانِ رَقِيقِهِ

(١) ذهب الحنفية إلى أنه لو وقف على ولده فآثر بآئه عليه وعلى زيد عمل بإقرار ما دام حيا حملا عن أن الواقف رجع عن اختصاصه وأشرك زيدا. البحر الرائق (٥/٢٤٣).

(٢) وذهب الشافعي إلى أنه لو وقف على ولده ثم ولد ولده ثم الفقراء فمات ولد الولد ثم الولد يرجع إلى الفقراء، والقاعدة في ذلك أنه (إذا مات واحد من ذرية الواقف، ثم وقف الترتيب قبل استحقاق للوقف لحجبه بمن فوقه يشارك ولده من بعده أي ممن هو في درجته ثم استحقاق نهاية ومعنى) حواشي الشرواني (٦/٢٥٩).

وَسَمَاهُمْ بِاسْمٍ يَحْدُثُ لَهُمُ الْجُوعُ يَسْتَحِقُّونَ الْوَصِيَّةَ بِغَيْرِ تَوَقُّفٍ. وَأَقْبَى الشَّيْخُ أَيْضًا بِدُخُولِ الْمَعْدُومِ فِي الْوَصِيَّةِ تَبَعًا كَمَنْ وَصَّى بِغَلَّةٍ لِمَرَّةٍ لِلْفُقَرَاءِ إِلَى أَنْ يَحْدُثَ لَوْلَاكَ وَلَكِنْ يَكُونُ، وَهُوَ لَهُ قَرِيبٌ مِنْ تَعْلِيقِ الْوَصِيَّةِ بِشَرْطِ آخِرِ بَعْدِ الْمَوْتِ.

وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ حَسَّانَ فِيمَنْ أَوْصَى أَنْ يُتَصَدَّقَ فِي سِكَّةٍ فَلَانٍ بِكَذَا وَكَذَا فَسَكَّنَهَا قَوْمٌ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي قَالَ: إِنَّمَا كَانَتْ الْوَصِيَّةُ لِلَّذِينَ كَانُوا، ثُمَّ قَالَ: مَا أَذْرِي كَيْفَ هَذَا؟ قِيلَ لَهُ: فَيُسَبِّهُ هَذَا الْكُورَةُ قَالَ: لَا الْكُورَةُ وَكَثْرَةُ أَهْلِهَا خِلَافُ هَذَا الْمَعْنَى يَنْزِلُ قَوْمٌ وَيَخْرُجُ قَوْمٌ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ. فَفَرَّقَ بَيْنَ الْكُورَةِ وَالسِّكَّةِ، لِأَنَّ الْكُورَةَ لَا يُلْحِظُ الْمُوصِي فِيهَا قَوْمًا مُعَيَّنِينَ لِعَدَمِ انْحِصَارِ أَهْلِهَا وَإِنَّمَا الْمُرَادُ تَفْرِيقُ الْوَصِيَّةِ الْمُوصَى بِهَا فَيَسْتَحَقُّ الْمُتَجَدِّدُ فِيهَا بِخِلَافِ السِّكَّةِ فَإِنَّهُ قَدْ يُلْحِظُ أَعْيَانَ سُكَّانِهَا الْمَوْجُودِينَ لِحَصْرِهِمْ. يُفَارِقُ الْوَقْفَ فِي ذَلِكَ الْوَصِيَّةِ، لِأَنَّ الْوَقْفَ تَحْيِيسٌ وَتَسْيِيلُ الْيَتِيمَةِ الْمُتَجَدِّدِ مِنَ الطَّبَاقِ فَكَذَا الطَّبَقَةُ الْوَاحِدَةُ بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ فَإِنَّهَا تَمْلِكُ فَيَسْتَدْعِي مَوْجُودًا فِي الْحَالِ.

* * *

القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ:

مَا جُهَلَ وَقُوعُهُ مُتَرْتَّبًا أَوْ مُتَقَارِنًا هَلْ يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِالتَّقَارُنِ أَوْ بِالتَّعَاقُبِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَالْمَذْهَبُ الْحُكْمُ بِالتَّعَاقُبِ لِبَعْدِ التَّقَارُنِ. وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ صَوْرَتَانِ:

مِنْهَا: الْمُتَوَارِثَانِ إِذَا مَاتَا جُمْلَةً يَهْدِمُ أَوْ غَرِقَ أَوْ طَاعُونٌ وَجُهْلَ تَقَارُنُ مَوْتِهِمَا وَتَعَاقُبُهُ حَكَمًا بِتَعَاقُبِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ الْمَشْهُورِ، وَوَرَّثْنَا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْآخِرِ مِنْ تِلَادِ مَالِهِ دُونَ مَا وَرَّثَهُ مِنْ صَاحِبِهِ. وَخَرَجَ أَبُو الْخَطَّابِ رَوَايَةً أُخْرَى يَعْدَمُ التَّوَارِثُ لِلشَّكِّ فِي شَرْطِهِ وَكَذَلِكَ لَوْ عَلِمَ سَبْقَ أَحَدِهِمَا بِالْمَوْتِ وَجُهْلَ عَيْنَهُ أَوْ عَلِمَ عَيْنَهُ ثُمَّ نَسِيَ عَلَى الْمَذْهَبِ لَكِنْ هَذَا يَسْتَنْدِلُ إِلَى أَنْ يَقِينَ الْحَيَاةَ لَا يَشْتَرِطُ لِلتَّوَارِثِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أُقِيمَ فِي الْمَصْرِ جُمْعَتَانِ لِغَيْرِ حَاجَةٍ وَشَكَّ هَلْ أَحْرَمَ بِهِمَا مَعَ فَيْطَلَانَ وَتَعَادَ الْجُمُعَةُ، أَوْ أَحْرَمَ بِهِمَا مُتَرْتَبَتَيْنِ فَتُصَلَّى الظُّهْرُ؟ عَلَى الْوَجْهَيْنِ أَصَحُّهُمَا تَعَادُ الظُّهْرِ، لِأَنَّ التَّقَارُنَ مُسْتَبْعَدٌ وَعَلَى الثَّانِي تَعَادُ الْجُمُعَةِ إِمَّا لِاحْتِمَالِ الْمُقَارَنَةِ أَوْ تَنْزِيلًا لِلْمَجْهُولِ كَالْمَعْدُومِ.

وَمِنْهَا: إِذَا زَوَّجَ وَلَيَّانَ وَجُهْلَ هَلْ وَقَعَ الْعَقْدَانِ مَعَ فَيْطَلَانَ أَوْ مُتَرْتَبَتَيْنِ فَيُصَحِّحُ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ؟ فَفِيهِ وَجْهَانِ أَيْضًا: أَحَدُهُمَا: يَبْطُلَانِ لِاحْتِمَالِ التَّقَارُنِ وَالثَّانِي لِاسْتِبْعَادِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَسْلَمَ الزَّوْجَانِ الْكَافِرَانِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَاخْتَلَفَا هَلْ أَسْلَمَا مَعًا أَوْ مُتَعَايِنِينَ فَهَلِ الْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي التَّقَارُنِ فَلَا يَنْفَسَخُ النِّكَاحُ أَوْ مُدَّعِي التَّعَاقُبِ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهُ عَلَى وَجْهَيْنِ يَرْجِعَانِ إِلَى تَعَارُضِ الْأَصْلِ وَالظَّاهِرِ.

وَمِنْهَا: إِذَا كَانَ فِي يَدِ رَجُلٍ عَبْدٌ فَادَّعَى رَجُلَانِ كُلُّاهُمَا أَنَّهُ بَاعَهُ هَذَا الْعَبْدَ بِالْفَرَسِ وَأَقَامَا بِذَلِكَ بَيِّنَتَيْنِ وَلَمْ يُوَرِّخَا فَهَلْ يَصِحُّ الْعَقْدَانِ وَيَلْزَمُهُ الثُّمَانُ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ فِي عَقْدَيْنِ فِي وَقْتَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ وَحَدُّ اسْتِرْجَاعِ الْعَقْدِ بَيْنَهُمَا أَوْ يَتَعَارَضُ الْبَيِّنَتَانِ، لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ عَقْدًا وَاحِدًا فَيَسْقُطَانِ وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ عَلَى وَجْهَيْنِ.

* * *

القاعدة التاسعة بعد المائة:

الْمَنْعُ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِنْ أَعْيَانٍ أَوْ مَعِينٍ مُشْتَبِهَةٍ بِأَعْيَانٍ يُؤَثِّرُ الْاِشْتِبَاهُ فِيهَا الْمَنْعَ بِمَنْعِ التَّصَرُّفِ فِي تِلْكَ الْأَعْيَانِ قَبْلَ تَمْيِيزِهِ، وَالْمَنْعُ مِنَ الْجَمْعِ يُمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الْقَدْرِ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ الْجَمْعُ خَاصَّةً، فَإِنْ حَصَلَ الْجَمْعُ دَفْعَةً وَاحِدَةً مُنْعٌ مِنَ الْجَمِيعِ مَعَ التَّسَاوِي، فَإِنْ كَانَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا مِزِيَّةٌ عَلَى غَيْرِهِ بَأَنٍ يَصِحُّ وَرُودُهُ عَلَى غَيْرِهِ وَلَا عَكْسَ اخْتِصَافِ الْفَسَادِ بِهِ عَلَى الصَّحِيحِ وَالْمَنْعُ مِنَ الْقَدْرِ الْمَشْتَرَكِ كَالْمَنْعِ مِنَ الْجَمِيعِ يَقْتَضِي الْعُمُومَ، فَلِلْأَوَّلِ أَمثلة:

مِنْهَا: إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنْهُمَا^(١) مُنْعٌ مِنْ وَطْءِ زَوْجَاتِهِ حَتَّى يُمَيِّزَ بِالْقُرْعَةِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَحَكَى رَوَايَةً أُخْرَى أَنَّهُ يُمَيِّزُهَا بِتَعْيِينِهِ^(٢).

وَمِنْهَا: إِذَا أَعْتَقَ أَمَةً مِنْ إِمَائِهِ مِنْهُمَا مُنْعٌ مِنْ وَطْءِ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ حَتَّى تُمَيِّزَ الْمُعْتَقَةَ بِالْقُرْعَةِ وَفِيهِ وَجْهٌ بِالتَّعْيِينِ.

وَمِنْهَا: إِذَا اشْتَبَهَتْ الْمُطَلَّقةُ ثَلَاثًا بِزَوْجَاتِهِ مُنْعٌ مِنْ وَطْءِ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ حَتَّى يُمَيِّزَ الْمُطَلَّقةَ وَيُمَيِّزَهَا بِالْقُرْعَةِ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ.

وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَبَهَتْ أُخْتُهُ بَعْدَ مَحْضُورٍ مِنَ الْأَجْنِيَّاتِ مُنْعٌ مِنَ التَّزْوِجِ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ حَتَّى يَعْلَمَ أُخْتُهُ مِنْ غَيْرِهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا اشْتَبَهَتْ مَيْتَةٌ بِمَذْكَاءٍ فَإِنَّهُ يُمْنَعُ مِنَ الْأَكْلِ مِنْهُمَا حَتَّى يَعْلَمَ الْمَذْكَاءَ.

وَمِنْهَا: اشْتِبَاهُ الْأَنِبَاءِ النَّجَسَةِ بِالطَّاهِرَةِ يُمْنَعُ مِنَ الطَّهَارَةِ بِوَاحِدَةٍ مِنْهَا حَتَّى يَتَيَّنَ عَلَى

(١) وإن لم ينو شيئاً طلق الكل. دليل الطالب (١/٢٥٨).

(٢) فلا بد من تعيُّنها. الكوكب الدرر (١/٢٩٣)، التمهيد (١/٣٢٣).

الظاهر.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ لَا يَأْكُلُ تَمْرَةً فَاخْتَلَطَتْ فِي تَمْرٍ فَإِنَّهُ يُمْنَعُ مِنْ أَكْلِ تَمْرَةٍ مِنْهُ حَتَّى يَعْلَمَ عَيْنَ التَّمْرَةِ، وَإِنْ كُنَّا لَا نَحْكُمُ عَلَيْهِ بِالْحِنْثِ بِأَكْلِ وَاحِدَةٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ بِطُلَاقِ زَوْجَاتِهِ أَنْ لَا يَطَأَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ وَنَوَى وَاحِدَةً مُبْهَمَةً فَإِنَّهُ يُمْنَعُ مِنَ الْوَطْءِ حَتَّى يُمَيِّزَهَا بِالْقُرْعَةِ وَقِيلَ بِتَعْيِينِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أُعْطِيَنا الْأَمَانَ لِوَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ حِصْنٍ أَوْ أَسْلَمَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ ثُمَّ تَدَاعَوْهُ حَرَمٌ قَتَلَهُمْ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَفِي اسْتِرْقَاقِهِمْ وَجَهَانٍ:

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ الْمَنْصُوصُ أَنَّهُ يَحْرُمُ مَعَ التَّدَاعِي.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَخْرُجُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِالْقُرْعَةِ وَيُرْقُّ الْبَاقُونَ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ وَالْخُرَيْيِّ وَرَجَّحَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي رِوَايَتِهِ لِلْحَاقِّ لَهُ بِاشْتِبَاهِ الْمُعْتَقِ بِغَيْرِهِ، كَمَا لَوْ أَقْرَأَ أَحَدَ هَذَيْنِ الْوَلَدَيْنِ مِنْ هَذِهِ الْأَمَةِ وَلَكِنَّهُ ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُوَجِّدْهُ قَافَةً فَإِنَّا نَقْرَعُ لِإِخْرَاجِ الْحُرِّيَّةِ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا حُرًّا الْأَصْلَ وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ، لِأَنَّ أَهْلَ الْحِصْنِ لَمْ يَسْبِقْ لَهُمْ رِقٌّ فإِذَا قَاتَهُمْ إِلَّا وَاحِدًا يُؤَدِّي إِلَى ابْتِدَاءِ الْإِرْفَاقِ مَعَ الشَّكِّ فِي إِبَاحَتِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ أَحَدُ الْمُشْتَبِهَيْنِ رَقِيقًا فَأُخْرِجَ غَيْرُهُ بِالْقُرْعَةِ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يُسْتَدَامُ الرِّقُّ مَعَ الشَّكِّ فِي زَوَالِهِ.

وَلِلثَّانِي أَمْثَلَةٌ:

مِنْهَا: إِذَا مَلَكَ أُخْتَيْنِ أَوْ أُمَّا وَبَنَاتًا فَالْمَشْهُورُ أَنَّ لَهُ الْإِفْدَامَ عَلَى وَطْءِ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ابْتِدَاءً فَإِذَا فَعَلَ حَرَمَتْ الْأُخْرَى، وَعَنْ أَبِي الْخَطَّابِ أَنَّهُ يُمْنَعُ مِنْ وَطْءِ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا حَتَّى تَحْرُمَ الْأُخْرَى، وَنَقَلَ ابْنُ هَانِيٍّ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ وَهُوَ رَاجِعٌ إِلَى تَحْرِيمِ إِحْدَاهُمَا مُبْهَمَةً وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ، لِأَنَّ الْمُحْرَمَ هُوَ مَا يَحْصُلُ بِهِ الْجَمْعُ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَطِئَ الْأُخْتَيْنِ وَاحِدَةً بَعْدَ الْأُخْرَى يَمْتَنِعُ مِنْ وَطْئِهِمَا جَمِيعًا حَتَّى يُحْرَمَ إِحْدَاهُمَا لِثُبُوتِ الْفِرَاشِ لَهُمَا جَمِيعًا؟ أَمْ تَبَاحُ لَهُ الْأُولَى إِذَا اسْتَبْرَأَ الثَّانِيَةَ، لِأَنَّهَا أَخَصُّ بِالتَّحْرِيمِ حَيْثُ كَانَ الْجَمْعُ حَاصِلًا بِوَطْئِهَا عَلَى وَجْهَيْنِ، وَالْأَظْهَرُ هَاهُنَا الْأَوَّلُ لِثُبُوتِ الْفِرَاشِ لَهُمَا جَمِيعًا فَيَكُونُ الْمَمْنُوعُ مِنْهُمَا وَاحِدَةً مُبْهَمَةً.

وَمِنْهَا: إِذَا أَسْلَمَ الْكَافِرُ وَعِنْدَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ فَاسْلَمْنَ أَوْ كُنَّ كِتَابِيَّاتٍ فَلَاظْهَرُ أَنَّ لَهُ وَطْءَ أَرْبَعٍ مِنْهُنَّ وَيَكُونُ اخْتِيَارًا مِنْهُ، لِأَنَّ التَّحْرِيمَ إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِالزِّيَادَةِ عَلَى الْأَرْبَعِ وَكَلَامُ الْقَاضِي قَدْ يَدُلُّ عَلَى هَذَا وَقَدْ يَدُلُّ عَلَى تَحْرِيمِ الْجَمِيعِ قَبْلَ الْاخْتِيَارِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ لِرُؤُوسِهِ الْأَرْبَعِ: وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكُمْ، وَقُلْنَا: لَا تَحْنُثُ بِفِعْلِ الْبَعْضِ فَأَشْهَرُ
الْوَجْهَيْنِ أَنَّهُ لَا يَكُونُ مُوَالِيًا حَتَّى يَطَأَ ثَلَاثًا فَيَصِيرَ حَبِثًا مُوَالِيًا مِنَ الرَّابِعَةِ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي
فِي الْمَجَرَّدِ وَأَبِي الْخَطَّابِ، لَأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ وَطْءُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ مِنْ غَيْرِ حَنْثٍ فَلَا تَكُونُ يَمِينُهُ
مَانِعَةً بِخِلَافِ مَا إِذَا وَطِئَ ثَلَاثًا فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ وَطْءُ الرَّابِعَةِ بِدُونِ حَنْثٍ. وَالثَّانِي: هُوَ مُوَلٌّ فِي
الْحَالِ مِنَ الْجَمِيعِ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي عَمْدِهِ، وَقَالَ: هُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ
أَحْمَدَ وَمَأْخَذُ الْخِلَافِ أَنَّ الْحُكْمَ الْمُعْلَقَ بِالْهَيْئَةِ الْاجْتِمَاعِيَّةِ هَلْ هُوَ حُكْمٌ عَلَى مَا يَتِمُّ بِهِ
مُسَمَّاها حَنْثٌ أَوْ عَلَى مَجْمُوعِ الْأَجْزَاءِ فِي حَالَةِ الْاجْتِمَاعِ دُونَ الْإِنْفِرَادِ فَعَلَى الثَّانِي يَكُونُ
مُوَالِيًا مِنَ الْجَمِيعِ وَيَتَوَقَّفُ حَنْثُهُ بِوَطْءِ كُلِّ وَاحِدَةٍ عَلَى وَطْءِ الْبَاقِي مَعَهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا زَنَى بِامْرَأَةٍ وَلَهُ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ فَفِي التَّعْلِيقِ لِلْقَاضِي يُمْنَعُ مِنْ وَطْءِ الْأَرْبَعِ حَتَّى
يُسْتَظْهَرَ بِالزَّانِيَةِ حَمْلٌ، وَاسْتَبْعَدَهُ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ وَهُوَ كَمَا قَالَ، لِأَنَّ التَّحْرِيمَ هُنَا لِأَجْلِ
الْجَمْعِ بَيْنَ خَمْسٍ فَيَكْفِي فِيهِ أَنْ يُمْسِكَ عَنْ [وَطْءِ] وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ لَا حَتَّى تَسْتَبْرَأَ. وَصَرَّحَ
بِهِ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ، وَقَدْ ذَكَرَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ مِثْلَهُ فِيمَنْ أَسْلَمَ عَلَى خَمْسٍ نِسْوَةٍ فَفَارَقَ
وَاحِدَةً فَإِنَّهُ يُمْسِكُ عَنْ وَطْءِ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ حَتَّى تَسْتَبْرَأَ الْمَفَارِقَةُ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَزَوَّجَ خَمْسًا أَوْ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ، لِأَنَّ الْجَمِيعَ حَصَلَ بِهِ
وَلَا مَزِيَّةَ لِلْبَعْضِ عَلَى الْبَعْضِ فَيَبْطُلُ بِخِلَافِ مَا إِذَا تَزَوَّجَهُنَّ فِي عَقُودٍ مُتَّفَرِّقَةٍ وَذَكَرَ الْقَاضِي
فِي خِلَافِهِ احْتِمَالًا بِالْقُرْعَةِ فِيمَا إِذَا زَوَّجَ الْوَلِيَّانِ مِنْ رَجُلَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً وَهَذَا مِثْلُهُ وَلَكِنَّ
هَذَا لِعِلَّةٍ تُخَالِفُ الْإِجْمَاعَ قَالَهُ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ وَلَكِنَّهُ يُعْتَصَدُّ بِالرَّوَايَةِ الَّتِي نَقَلَهَا ابْنُ أَبِي
مُوسَى فِيمَنْ قَالَ لِعَبِيدِهِ: أَيُّكُمْ جَاءَنِي بِخَبَرٍ كَذَا فَهُوَ حُرٌّ فَأَتَاهُ بِهِ اثْنَانِ مَعًا عَتَقَ وَاحِدًا مِنْهُمَا
بِالْقُرْعَةِ، كَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَوَّلُ غُلَامٍ يَطْلُعُ عَلَيَّ فَهُوَ حُرٌّ أَوْ أَوَّلُ امْرَأَةٍ تَطْلُعُ عَلَيَّ فَهِيَ طَالِقٌ.
فَطَلَعَ عَلَيْهِ عَيْدُهُ كُلُّهُمْ وَنِسَاؤُهُ كُلُّهُنَّ أَنَّهُ يُطْلَقُ وَيَعْتَقُ وَاحِدًا مِنْهُمُ بِالْقُرْعَةِ نَصٌّ عَلَيْهِ فِي
رَوَايَةٍ مَعْنَاهَا وَأَقْرَهُ الْقَاضِي وَصَاحِبُ الْمُغْنِيِّ فِي مَوْضِعٍ مِنْهُ عَلَى ظَاهِرِهِ وَتَأْوِيلًا مَرَّةً عَلَى أَنَّهُمْ
طَلَعُوا وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ وَأَشْكَلَ السَّابِقُ وَهَذَا هُوَ الْأَظْهَرُ، لَأَنَّهُ اجْتِهَادٌ وَغَيْرُهُ بَعِيدٌ.
وَأَمَّا إِنْ كَانَ لِبَعْضِهِمْ مَزِيَّةٌ فَلَهُ صُورٌ:

مِنْهَا: إِذَا تَزَوَّجَ أُمًّا وَبِنْتًا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَبْطُلُ النِّكَاحَانِ مَعًا وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَأَبْنِ عَقِيلٍ وَصَاحِبِ الْمُغْنِيِّ.

وَالثَّانِي: يَبْطُلُ نِكَاحُ الْأُمِّ وَحْدَهَا حَكَاهُ صَاحِبُ الْكَافِي وَجَزَمَ بِهِ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ، لِأَنَّ

نِكَاحُ الْبِنْتِ لَا يَمْنَعُ نِكَاحَ الْأُمِّ إِذَا عَرِيَ عَنِ الدُّخُولِ بِخِلَافِ الْعَكْسِ فَكَانَ نِكَاحُ الْأُمِّ أَوْلَى بِالْإِبْطَالِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَسْلَمَ الْكَافِرُ عَلَى أُمٍّ وَبِنْتٍ لَمْ يَدْخُلْ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَنْفَسَخُ نِكَاحُ الْأُمِّ وَحْدَهَا وَتَحْرُمُ عَلَيْهِ عَلَى التَّأْيِيدِ وَيَثْبُتُ نِكَاحُ الْبِنْتِ نَصًّا عَلَيْهِ [أَحْمَدُ] فِيمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَاتَّفَقَ الْأَصْحَابُ عَلَيْهِ وَبَنَاهُ الْقَاضِي عَلَى أَنَّ نِكَاحَةَ الْكُفَّارِ صَحِيحَةٌ إِذَا صَحَّ النِّكَاحُ فِي الْبِنْتِ صَارَتْ أُمُّهَا مِنْ أُمّهَاتِ نِسَائِهِ فَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ، قَالَ: وَلَوْ لَمْ يَكُنْ صَحِيحًا فِيهَا كَانَ لَهُ أَنْ يَخْتَارَ أَيُّهُمَا شَاءَ وَهَذَا يُخَالِفُ مَا قَرَّرَهُ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ أَنَّ الْعَقْدَ الْفَاسِدَ فِي النِّكَاحِ يُحَرِّمُ مَا يُحَرِّمُهُ الصَّحِيحُ وَهَذَا النِّكَاحُ غَايَتُهُ أَنَّهُ فَاسِدٌ، لِأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ فِي صِحَّتِهِ وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةٍ أَبِي طَالِبٍ أَنَّهُ يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأُمِّ وَالْبِنْتِ وَقَدْ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا وَجَدَ الدُّخُولُ بِهِمَا، لِأَنَّهُ قَالَ فِي تَمَامِ هَذِهِ الرِّوَايَةِ: إِذَا كَانَ تَحْتَهُ أُخْتَانِ فَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَدِهِمَا، وَإِذَا كَانَ تَحْتَهُ فَوْقَ أَرْبَعٍ فَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الزِّيَادَةِ فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْهُ كَأَبْتِدَاءِ الْعَقْدِ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَزَوَّجَ كَبِيرَةٌ وَصَغِيرَةٌ وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا حَتَّى أَرْضَعَتْ الصَّغِيرَةَ فَسَدَ نِكَاحُ الْكَبِيرَةِ لِمَصِيرِهَا مِنْ أُمّهَاتِ نِسَائِهِ وَفِي الصَّغِيرَةِ. رَوَيْتَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَفْسُدُ نِكَاحُهَا أَيْضًا عَمَّنْ عَقَدَ عَلَى أُمٍّ وَبِنْتٍ ابْتِدَاءً. وَالثَّانِيَةُ: لَا يَبْطُلُ وَهِيَ أَصَحُّ وَمَسْأَلَةُ الْجَمْعِ فِي الْعَقْدِ قَدْ سَبَقَ الْخِلَافُ فِيهَا وَعَلَى التَّسْلِيمِ فِيهَا فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ مَسْأَلَتِنَا أَنَّ الْجَمْعَ هَاهُنَا حَصَلَ فِي الْاسْتِدَامَةِ دُونَ الْإِبْتِدَاءِ وَالِدَوَامُ أَقْوَى مِنَ الْإِبْتِدَاءِ فَهُوَ كَمَنْ أَسْلَمَ عَنْ أُمٍّ وَبِنْتٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ تَحْتِ ذِمِّيٍّ أَرْبَعُ نِسَوَةٍ ثُمَّ أُسْتُرِقَ لِلْحَوْفِ بِدَارِ الْحَرْبِ أَوْ غَيْرِهِ قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: يُحْتَمَلُ أَنْ يَتَخَيَّرَ مِنْهُنَّ اثْنَتَيْنِ كَمَا لَوْ أَسْلَمَ عَبْدٌ وَتَحْتَهُ أَرْبَعٌ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَبْطُلَ نِكَاحُ الْجَمِيعِ كَالرِّضَاعِ إِلَى الْحَادِثِ الْمُحَرَّمِ لِلْجَمْعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَزَوَّجَ حُرَّةٌ وَأَمَةً فِي عَقْلٍ وَهُوَ فَاقِدٌ لَشَرْطِ نِكَاحِ الْإِمَاءِ فَإِنَّهُ يَبْطُلُ نِكَاحُ الْأَمَةِ وَحْدَهَا عَلَى الْأَصَحِّ، لِأَنَّ الْحُرَّةَ تَمْتَازُ عَلَيْهِمَا بِصِفَةٍ وَرُودِ نِكَاحِهَا عَلَيْهَا مِثْلُ هَذِهِ الْحَالِ وَلَا عَكْسَ.

وَلِلثَّلَاثِ وَهُوَ الْمَنْعُ مِنَ الْقَدَرِ الْمُشْتَرَكِ أَمِثْلَةً:

مِنْهَا: لَوْ قَالَ لَزَوْجَاتِي: وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُ إِحْدَاكُنَّ نَاقِيًا بِذَلِكَ الْامْتِنَاعِ مِنْ وَطْءِ مُسَمًّى

إِحْدَاهُنَّ وَهُوَ الْقَدْرُ الْمُشْتَرَكُ بَيْنَ الْجَمِيعِ فَيَكُونُ مُوَلِّيًا مِنَ الْجَمِيعِ مَعَ أَنَّ الْعُمُومَ يُسْتَفَادُ
 أَيْضًا مِنْ كَوْنِهِ مُفْرَدًا مُضَافًا. أَمَّا لَوْ قَالَ: لَا وَطِئْتُ وَاحِدَةً مِنْكُمْ فَالْمَذْهَبُ الصَّحِيحُ أَنَّهُ يَعُمُّ
 الْجَمِيعَ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَالْأَصْحَابِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ النِّكَرَةَ فِي سِيَاقِ التَّقْيِي يُقِيدُ الْعُمُومَ،
 وَحَكَى الْقَاضِي عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُ يَكُونُ مُوَلِّيًا مِنْ وَاحِدَةٍ غَيْرِ مُعَيَّنَةٍ وَأَخَذَهُ مِنْ قَوْلِهِ إِذَا أَلَى
 مِنْ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ وَأَشْكَلَتْ عَلَيْهِ أُخْرِجَتْ بِالْقُرْعَةِ وَلَا يَصِحُّ هَذَا الْإِخْذُ، وَحَكَى صَاحِبُ
 الْمُغْنِيِّ عَنْ الْقَاضِي كَذَلِكَ وَالْقَاضِي مُصَرِّحٌ بِخِلَافِهِ فَإِنَّهُ قَالَ: هُوَ إِيْلَاءٌ مِنَ الْجَمِيعِ رَوَايَةٌ
 وَاحِدَةٌ وَلَكِنَّهُ قَالَ: مَتَى وَطِئَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ انْحَلَّتْ يَمِينُهُ مِنَ الْكُلِّ بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: لَا
 وَطِئْتُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْكُمْ أَوْ لَا وَطِئْتُكَ فَإِنَّهُ إِذَا وَطِئَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ حِنْثٌ وَبَقِيَ الْإِيْلَاءُ مِنَ
 الْبَوَاقِي، وَإِنْ لَمْ يَحِنْثْ بِوَطِئْتِهِنَّ، لِأَنَّ حَقَّهُنَّ مِنَ الْوِطْءِ لَمْ يُسْتَوْفَ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الصُّورِ
 الثَّلَاثِ أَنَّ قَوْلَهُ لَا أَطَأُ كُلَّ وَاحِدَةٍ بِهَمْدَانِيَّةٍ وَلَا وَيَابُنْغِي فِي قُوَّةِ أَيْمَانٍ مُتَعَدِّدَةٍ لِإِضَافَتِهِ إِلَى
 مُتَعَدِّدٍ بِخِلَافِ قَوْلِهِ: لَا. الْأَسْرُسْنِي وَاحِدَةً مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مُضَافٌ إِلَى مُفْرَدٍ مِنْكُمْ مَوْضُوعٌ
 بِالْأَصَالَةِ لِتَقْيِي الْوَحْدَةِ. وَعُمُومُهُ عُمُومٌ بَدَلٍ لَا شُمُولٌ فَالْيَمِينُ فِيهِ وَاحِدَةٌ فَتَنْحَلُّ بِالْحِنْثِ
 بِوِطْءِ وَاحِدَةٍ وَلَكِنْ مُقْتَضَى هَذَا التَّفْرِيقِ أَنَّ تَتَعَدَّدَ الْكُفَّارَةُ فِي الصُّورَتَيْنِ الْأُولَتَيْنِ بِوِطْءِ كُلِّ
 وَاحِدَةٍ. وَهُوَ قِيَاسُ إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ فِي الظَّهَارِ مِنْ نِسَائِهِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أَنَّ الْكُفَّارَةَ تَتَعَدَّدُ
 وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: النِّكَرَةُ فِي سِيَاقِ التَّقْيِي إِنْ قِيلَ: إِنَّهَا تَعُمُّ بِوَضْعِهَا كَمَا تَعُمُّ صَنِيعُ الْجُمُوعِ
 فَالصُّورُ الثَّلَاثُ مُتَسَاوِيَةٌ، وَإِنْ قِيلَ: إِنَّ عُمُومَهَا جَاءَ ضَرُورَةً نَفْيِ الْمَاهِيَةِ فَالْمَنْفِيُّ بِهَا وَاحِدٌ
 لَا تَتَعَدَّدُ فِيهِ وَهُوَ الْمَاهِيَةُ الْمُطْلَقَةُ فَيَتَجَهَّ تَفْرِيقُ الْقَاضِي الْمَذْكُورُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ: إِنْ خُرْجَتِي مِنَ الدَّارِ مَرَّةً بَغَيْرِ إِذْنِي فَانْتِ طَالِقٌ وَنَوَى بِذَلِكَ بَيْنَ الْمَرَاتِ
 اقْتَضَى الْعُمُومَ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ وَإِنْ أَطْلُقَ فَقَالَ الْقَاضِي: فِي خِلَافِهِ تَقْيِيدُ يَمِينُهُ بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ،
 وَسَلَّمُ أَنَّهُ لَوْ أَذِنَ لَهَا مَرَّةً فَخَرَجَتْ بِإِذْنِهِ ثُمَّ خَرَجَتْ بَعْدَ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ تَطْلُقْ، وَخَالَفَهُ أَبُو
 الْخَطَّابِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي خِلَافِهِمَا وَهُوَ الْحَقُّ، ثُمَّ اخْتَلَفَ الْمَأْخُذُ فَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: ذَكَرُ الْمَرَّةِ
 تَنْبِيهُ عَلَى الْمَنْعِ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَيْهَا وَظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي الْخَطَّابِ أَنَّ الْعُمُومَ أَتَى مِنْ دُخُولِ النِّكَرَةِ
 فِي الشَّرْطِ وَلَا حَاجَةَ إِلَى ذَلِكَ كُلِّهِ فَإِنَّ الْيَمِينَ عِنْدَنَا إِذَا تَنَحَّلَ بِالْحِنْثِ وَلَوْ خَرَجَتْ مِائَةً
 مَرَّةً بِإِذْنِهِ لَمْ تَنْحَلَّ الْيَمِينَ بِذَلِكَ عِنْدَنَا وَالْمَحْلُوفُ عَلَيْهِ قَائِمٌ وَهُوَ خُرُوجُهَا مَرَّةً بَغَيْرِ إِذْنِهِ
 فَمَتَى وَجَدَ تَرْتَبَ عَلَيْهِ الْحِنْثُ.

القاعدة العاشرة بعد المائة:

مَنْ ثَبِتَ لَهُ أَحَدُ أَمْرَيْنِ فَإِنْ اخْتَارَ أَحَدَهُمَا سَقَطَ الْآخَرُ، وَإِنْ أَسْقَطَ أَحَدَهُمَا أُثْبِتَ الْآخَرُ، وَإِنْ امْتَنَعَ مِنْهُمَا فَإِنْ كَانَ امْتِنَاعُهُ ضَرَرًا عَلَى غَيْرِهِ اسْتُوفِيَ لَهُ الْحَقُّ الْأَصْلِيُّ الثَّابِتُ لَهُ إِذَا كَانَ مَالِيًّا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَقًّا ثَابِتًا سَقَطَ وَإِنْ كَانَ الْحَقُّ غَيْرَ مَالِيٍّ الزَّمَّ بِالِاخْتِيَارِ وَإِنْ كَانَ حَقًّا وَاجِبًا لَهُ وَعَلَيْهِ فَإِنْ كَانَ مُسْتَحَقُّهُ غَيْرَ مُعَيَّنٍ حُسِبَ حَتَّى يَعْينَهُ وَيُوفِّقَهُ، وَإِنْ كَانَ مُسْتَحَقًّا مُعَيَّنًا فَهَلْ يُحْبَسُ وَيُسْتَوْفَى مِنْهُ الْحَقُّ الَّذِي عَلَيْهِ فِيهِ الْخِلَافُ، وَإِنْ كَانَ حَقًّا عَلَيْهِ وَأَمُكِنَ اسْتِيفَاؤُهُ مِنْهُ أُسْتُوفِيَ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حَقًّا أَصْلِيًّا وَبَدَلٌ فَاُمْتَنَعَ مِنَ الْبَدَلِ حُكْمَ عَلَيْهِ بِالْأَصْلِ وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ صَوْرٌ:

مِنْهَا: لَوْ عَفَى مُسْتَحَقُّ الْقِصَاصِ عَنْهُ وَقُلْنَا: الْوَاجِبُ لَهُ أَحَدُ أَمْرَيْنِ تَعَيَّنَ لَهُ الْمَالُ وَلَوْ عَفَى عَنِ الْمَالِ ثَبِتَ لَهُ الْقَوْدُ.

وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا فَظَهَرَ عَلَى عَيْبٍ فِيهِ ثُمَّ اسْتَعْمَلَهُ اسْتِعْمَالًا لَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا بِإِمْسَاكِهِ لَمْ يَسْقُطْ حَقُّهُ مِنَ الْمُطَالَبَةِ بِالْأَرْضِ عِنْدَ ابْنِ عَقِيلٍ، لِأَنَّ الْعَيْبَ مُوجِبٌ لِأَحَدِ شَيْئَيْنِ: إِمَّا الرَّدَّ وَلِمَا الْأَرْضُ فإِسْقَاطُ أَحَدِهِمَا لَا يَسْقُطُ بِهِ الْآخَرُ. وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي: يَسْقُطُ الْأَرْضُ أَيْضًا وَفِيهِ بَعْدُ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَنَّهُ الْغَرِيمُ بِدَيْنِهِ فِي مَحَلِّهِ وَلَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِي قَبْضِهِ فَإِنَّهُ يُؤْمَرُ بِقَبْضِهِ أَوْ إِبْرَائِهِ فَإِنْ امْتَنَعَ قَبْضَهُ لَهُ الْحَاكِمُ وَبَرئَ غَرِيمُهُ.

وَمِنْهَا: [لَوْ] امْتَنَعَ الْمُوصَى لَهُ مِنَ الْقَبُولِ وَالرَّدِّ حُكْمَ عَلَيْهِ بِالرَّدِّ وَسَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الْوَصِيَّةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَحَجَّرَ مَوَاتًا وَطَالَتْ مُدَّتُهُ وَلَمْ يُحْيِهِ وَلَمْ يَرْفَعْ يَدَهُ عَنْهُ فَإِنَّ حَقَّهُ يَسْقُطُ مِنْهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَسْلَمَ عَلَى أُخْتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ وَامْتَنَعَ مِنَ الْاخْتِيَارِ حُسِبَ وَعُزِّرَ حَتَّى يَخْتَارَ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَخْرَتِ الْمُعْتَقَةُ تَحْتَ عَبْدٍ الْاخْتِيَارِ حَتَّى طَالَتِ الْمُدَّةُ أَجْبَرَهَا الْحَاكِمُ عَلَى

اخْتِيَارِ الْفَسْخِ أَوْ الْإِقَامَةِ بِالتَّمَكُّينِ مِنَ الاسْتِمْتَاعِ

وَمِنْهَا: لَوْ أَبَى الْمَوْلَى بَعْدَ الْمُدَّةِ أَنْ يَفِيَّ أَوْ يُطْلَقَ فَرَوَايَتَانِ: إِحْدَاهُمَا: يُحْبَسُ حَتَّى يَفِيَّ أَوْ يُطْلَقَ. وَالثَّانِيَّةُ: يُفَرَّقُ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَّ دَيْنُ الرَّهْنِ وَامْتَنَعَ مِنْ تَوْفِيَّتِهِ وَلَيْسَ ثُمَّ وَكِيلٌ فِي الْبَيْعِ بَاعَهُ الْحَاكِمُ وَوَفَّى

الدَّيْنَ مِنْهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ فَاتَّكَرَ وَطَلَبَ مِنْهُ الْيَمِينَ فَتَكَلَ عَنْهَا وَقَضَى بِالتَّكُولِ وَجُعِلَ مُقَرَّأً، لِأَنَّ الْيَمِينَ بَدَلٌ عَنِ الْإِفْرَارِ وَعَنِ التَّكُولِ فَإِذَا امْتَنَعَ مِنَ الْبَدَلِ حُكِمَ عَلَيْهِ بِالْأَصْلِ.
وَمِنْهَا: لَوْ نَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنِ الْجَوَابِ بِالْكَلْبَةِ فَإِنْ كَانَتْ الدَّعْوَى مِمَّا يُقْضَى فِيهَا بِالتَّكُولِ فَهَلْ يُقْضَى عَلَيْهِ بِهِ هَاهُنَا أَمْ يُحْبَسُ حَتَّى يُجِيبَ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يُقْضَى فِيهَا بِالتَّكُولِ كَالْقَتْلِ وَالْحَدِّ فَهَلْ يُحْبَسُ حَتَّى يُقَرَّ أَوْ يُخْلَى سَبِيلُهُ عَلَى وَجْهَيْنِ.

* * *

القاعدةُ الحادية عشر بعد المائة:

إِذَا كَانَ الْوَاجِبُ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ أَحَدَ شَيْئَيْنِ فَقَامَتْ حُجَّةٌ بِهَا أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ فَهَلْ يَثْبُتُ أَمْ لَا؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ وَيُخْرَجُ عَلَيْهِمَا مَسَائِلُ:
مِنْهَا: إِذَا قُلْنَا: مُوجِبُ قَتْلِ الْعَمْدِ أَحَدُ شَيْئَيْنِ، فَإِذَا ادَّعَى أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ عَلَى وَلِيِّ الْقَاتِلِ فِي الْقِسَامَةِ فَتَكَلَ فَهَلْ يُلْزَمُهُ الدِّيَّةُ، عَلَى رَوَايَتَيْنِ.
وَمِنْهَا: لَوْ ادَّعَى جِرَاحَةً عَمْدًا عَلَى شَخْصٍ وَآتَى بِشَاهِدٍ وَآمَرَاتَيْنِ فَهَلْ تُلْزَمُهُ دِيَّتُهَا عَلَى رَوَايَتَيْنِ وَالصَّحِيحُ فِيهَا عَدَمٌ وَجُوبُ الدِّيَّةِ لِثَلَاثٍ يُلْزَمُ أَنْ يَجِبَ بِالقَتْلِ الدِّيَّةُ عَيْنًا وَأَمَّا إِنْ قُلْنَا: أَنَّ مُوجِبَ الْقَتْلِ الْقِصَاصُ عَيْنًا فَالدِّيَّةُ بَدَلٌ فَلَا يَجِبُ بِمَا لَا يَجِبُ بِهِ الْمَبْدُولُ.
وَمِنْهَا: شَهِدَ رَجُلٌ وَآمَرَاتَانِ بِقَتْلِ عَبْدٍ عَمْدًا فَهَلْ يَثْبُتُ بِذَلِكَ عَزْمُ قِيَمَةِ الْعَبْدِ دُونَ الْقَوْدِ عَلَى رَوَايَتَيْنِ حَكَاهُمَا صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ، وَذَكَرَ أَنَّ رَوَايَةً وَجُوبَ الْقِيَمَةِ رَوَاهَا ابْنُ مَنْصُورٍ. وَتَأَمَّلْتُ رَوَايَةَ ابْنِ مَنْصُورٍ فَإِذَا ظَاهِرُهَا أَنَّ الْقَاتِلَ كَانَ حُرًّا فَلَا يَكُونُ جِنَايَتُهُ مُوجِبَةً لِلْقَوْدِ، فَلَا تَكُونُ الْمَسْأَلَةُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ بَلْ مِنْ نَوْعٍ آخَرَ وَهُوَ إِذَا كَانَتْ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْمَالِ عَيْنًا وَقَامَتْ بِهَا بَيْنَةٌ يَثْبُتُ بِهَا الْمَالُ دُونَ أَصْلِ الْجِنَايَةِ فَهَلْ يَجِبُ بِهَا الْمَالُ عَلَى رَوَايَتَيْنِ، كَمَا لَوْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ خَطَأً أَوْ عَمْدًا يُوجِبُ الْمَالُ دُونَ الْقَوْدِ وَآتَى عَلَيْهَا بِشَاهِدٍ وَآمَرَاتَيْنِ أَوْ ادَّعَى قَتْلَ كَافِرٍ فِي الصَّفِّ وَآتَى بِشَاهِدٍ وَحَلَفَ مَعَهُ فَهَلْ يَسْتَحِقُّ بِذَلِكَ سَلْبَهُ عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ.

* * *

القاعدةُ الثانية عشر بعد المائة:

إِذَا اجْتَمَعَ لِلْمُضْطَرِّ مُحَرَّمَانِ كُلُّ مِنْهُمَا لَا يَبَاحُ بِدُونِ الضَّرُورَةِ وَجَبَ تَقْدِيمُ أَحَقِّهِمَا مَفْسَدَةً وَأَقْلَاهُمَا ضَرَرًا، لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَا ضَرُورَةَ إِلَيْهَا فَلَا يَبَاحُ، وَيَخْرُجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:
مِنْهَا: إِذَا وَجَدَ الْمُحَرَّمُ صَيْدًا وَمَيْتَةً فَإِنَّهُ يَأْكُلُ الْمَيْتَةَ نَصًّا عَلَيْهِ أَحْمَدُ، لِأَنَّ فِي أَكْلِ الصَّيْدِ

ثَلَاثُ جِنَايَاتٍ صَيَّدَهُ وَذَبَحَهُ وَآكَلَهُ، وَآكَلَ الْمَيْتَةَ فِيهَا جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ، وَعَلَى هَذَا فَلَوْ وَجَدَ لَحْمُ صَيْدٍ ذَبَحَهُ مُحَرَّمٌ وَمَيْتَةً فَلِإِنَّهُ يَأْكُلُ لَحْمَ الصَّيْدِ قَالَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، لِأَنَّ كِلَا مِنْهُمَا فِيهِ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ وَيَتَمَيَّزُ الصَّيْدُ بِالْإِخْتِلَافِ فِي كَوْنِهِ مُدَكِّىً وَفِي هَذَا نَظَرٌ فَإِنَّ أَكْلَ الصَّيْدِ جِنَايَةٌ عَلَى الْإِحْرَامِ وَلِهَذَا يَلْزَمُهُ بِهَا الْجَزَاءُ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ وَهُوَ مُسْتَعْنٍ عَنْ ذَلِكَ بِالْأَكْلِ مِنَ الْمَيْتَةِ، ثُمَّ وَجَدْتُ أَبَا الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ اخْتَارَ أَكْلَ الْمَيْتَةِ وَعَلَّلَهُ بِمَا ذَكَرْنَا، وَلَوْ وَجَدَ بَيِّضَ صَيْدٍ فَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي أَنَّهُ يَأْكُلُ الْمَيْتَةَ وَلَا يَكْسِرُهُ وَيَأْكُلُهُ، لِأَنَّ كَسْرَهُ جِنَايَةٌ كَذَبِخِ الصَّيْدِ.

وَمِنْهَا: نِكَاحُ الْإِمَاءِ وَالِاسْتِمْنَاءُ كِلَاهُمَا إِثْمًا يُبَاحُ لِلضَّرُورَةِ وَيُقَدَّمُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ ابْنُ عَبَّاسٍ، لِأَنَّهُ مُبَاحٌ بِنَصٍّ وَالْآخَرُ مُتَرَدِّدٌ فِيهِ. وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي مُفْرَدَاتِهِ الْإِسْتِمْنَاءُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ نِكَاحِ الْأَمَةِ. وَفِيهِ نَظَرٌ وَأَمَّا نِكَاحُ الْإِمَاءِ وَوَطْءُ الْمُسْتَحَاضَةِ فَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: إِثْمًا يُبَاحُ وَوَطْءُ الْمُسْتَحَاضَةِ عِنْدَ خَوْفِ الْعَنْتِ وَعَدَمِ الطَّوْلِ لِنِكَاحِ غَيْرِهَا، وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّ نِكَاحَ الْإِمَاءِ مُقَدَّمٌ عَلَيْهِ، وَيَتَوَجَّهُ بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ النَّصِّ عَلَى إِبَاحَةِ نِكَاحِ الْإِمَاءِ دُونَ وَطْءِ الْمُسْتَحَاضَةِ فَلِإِنَّهُ فِي مَعْنَى وَطْءِ الْحَائِضِ لِكَوْنِهِ دَمٌ أَدَى.

وَمِنْهَا: مَنْ أَيْسَحَ لَهُ الْفِطْرُ لِشَبَقِهِ^(١)، فَلَمْ يُمْكِنَهُ الْإِسْتِمْنَاءُ وَأَضْطَرَّ إِلَى الْجَمَاعِ فِي الْفَرْجِ فَلَهُ فِعْلُهُ، فَإِنْ وَجَدَ زَوْجَةً مُكَلَّفَةً صَائِمَةً وَأُخْرَى حَائِضَةً، فَبِهِ إِحْتِمَالَانِ ذَكَرَهُمَا صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ:

أَحَدُهُمَا: وَطْءُ الصَّائِمَةِ أَوَّلَى، لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا فِيهِ أَنَّهَا تُفْطِرُ لِضَرَرِ غَيْرِهَا وَذَلِكَ جَائِزٌ لِفِطْرِهَا لِأَجْلِ الْوَلَدِ، وَأَمَّا وَطْءُ الْحَائِضِ فَلَمْ يُعْهَدْ فِي الشَّرْعِ جَوَازُهُ فَلِإِنَّهُ حَرَمٌ لِلْأَدَى وَلَا يَزُولُ الْأَدَى بِالْحَاجَةِ إِلَيْهِ.

وَالثَّانِي: مُخَيَّرٌ لِمَتَاعِضٍ مَفْسَدَةٍ وَطْءِ الْحَائِضِ مِنْ غَيْرِ إِفْسَادِ عِبَادَةٍ عَلَيْهَا وَإِفْسَادِ صَوْمِ الطَّاهِرَةِ وَالْأَوَّلُ هُوَ الصَّحِيحُ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ إِبَاحَةِ الْفِطْرِ لِأَسْبَابِ دُونَ وَطْءِ الْحَائِضِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أُلْقِيَ فِي السَّقِينَةِ نَارٌ وَاسْتَوَى الْأَمْرَانِ فِي الْهَلَاكِ أَحْنَى الْمَقَامِ فِي النَّارِ وَالْقَاءِ الثُّقُوسِ فِي الْمَاءِ فَهَلْ يَجُوزُ إلقاءُ الثُّقُوسِ فِي الْمَاءِ أَوْ يَلْزَمُ الْمَقَامُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَالْمَتَقَوْلُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةٍ مَهْنًا أَنَّهُ قَالَ: أَكْرَهُ طَرْحَ ثُقُوسِهِمْ فِي الْبَحْرِ. وَقَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ:

(١) الشبق: شدة الغلظة وطلب النكاح يقال: رجل شبق وامرأة شبقية، وشبق الرجل بالكسر شبقه فهو شبق: اشتدت غلظته، وكذلك المرأة، وفي حديث ابن عباس: أنه قال لرجل محرم وطئ امرأته قبل الإفاضة شبق شديد. لسان العرب (١٠/ ١٧١).

يَصْنَعُ كَيْفَ شَاءَ، قِيلَ لَهُ: هُوَ فِي اللَّجِّ^(١) لَا يَطْمَعُ فِي النَّجَاةِ، قَالَ: لَا أَدْرِي فَتَوَقَّفَ وَرَجَّحَ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ وَجُوبَ الْمَقَامِ مَعَ تَيَقُّنِ الْهَلَاكِ فِيهَا لِثَلَاثِ أَقَاتِلَ لِنَفْسِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَتَيَقَّنُوا ذَلِكَ لَاحْتِمَالِ النَّجَاةِ بِالْإِلْقَاءِ.

* * *

القاعدة الثالثة عشر بعد المائة:

إِذَا وَجَدْنَا جُمْلَةً ذَاتَ أَعْدَادٍ مُوزَّعَةٍ عَلَى جُمْلَةٍ أُخْرَى، فَهَلْ يَتَوَزَّعُ أَفْرَادُ الْجُمْلِ الْمُوَزَّعَةِ عَلَى أَفْرَادِ الْأُخْرَى أَوْ كُلُّ فَرْدٍ عَلَى مَجْمُوعِ الْجُمْلَةِ الْأُخْرَى، هَذِهِ عَلَى قِسْمَيْنِ: الْأَوَّلُ أَنْ تُوَجَّدَ قَرِينَةٌ تَدُلُّ عَلَى تَعْيِينِ أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ فَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ. فَمِثَالُ مَا دَلَّتِ الْقَرِينَةُ فِيهِ عَلَى تَوَزُّعِ الْجُمْلَةِ عَلَى الْجُمْلَةِ الْأُخْرَى - فَيَقَابِلُ كُلَّ فَرْدٍ كَامِلٍ يَفْرُدُ يُقَابِلُهُ إِمَّا لِجَرَيَانِ الْعُرْفِ أَوْ دَلَالَةِ الشَّرْعِ عَلَى ذَلِكَ، وَإِمَّا لَاسْتِحَالَةِ مَا سِوَاهُ - أَنْ يَقُولَ لِزَوْجَتَيْهِ: إِنْ أَكَلْتُمَا هَذَيْنِ الرَّغِيفَيْنِ فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ، فَإِذَا أَكَلْتُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا رَغِيفًا طَلَقْتُ لَاسْتِحَالَةِ أَكْلِ كُلِّ وَاحِدَةٍ لِلرَّغِيفَيْنِ أَوْ يَقُولَ لِعَبْدِيهِ: إِنْ رَكِبْتُمَا دَابَّتَيْكُمَا أَوْ لَبِسْتُمَا ثَوْبَيْكُمَا أَوْ تَقَلَّدْتُمَا سَيْفَيْكُمَا أَوْ اعْتَقَلْتُمَا رُمْحَكُمَا أَوْ دَخَلْتُمَا بَزُوجَتَيْكُمَا فَأَنْتُمَا حُرَّانِ، فَمَتَى وَجِدَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ رُكُوبٌ دَابَّتُهُ أَوْ لُبْسُ ثَوْبٍ أَوْ تَقَلُّدُ سَيْفٍ أَوْ رُمْحٍ أَوْ الدُّخُولُ بِزَوْجَتَيْهِ تَرْتَّبَ عَلَيْهِمَا الْعِتْقُ، لِأَنَّ الْإِنْفِرَادَ بِهَذَا عُرْفِيٌّ وَفِي بَعْضِهِ شَرْعِيٌّ فَيَتَعَيَّنُ صَرْفُهُ إِلَى تَوَزُّعِ الْجُمْلَةِ عَلَى الْجُمْلَةِ ذَكَرَهُ فِي الْمَعْنَى. وَمِثَالُ مَا دَلَّتِ الْقَرِينَةُ فِيهِ عَلَى تَوَزُّعِ كُلِّ فَرْدٍ مِنْ أَفْرَادِ الْجُمْلَةِ عَلَى جَمِيعِ أَفْرَادِ الْجُمْلَةِ الْأُخْرَى أَنْ يَقُولَ رَجُلٌ لِزَوْجَتَيْهِ: إِنْ كَلَّمْتُمَا زَيْدًا أَوْ كَلَّمْتُمَا عَمْرًا فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ فَلَا يُطَلِّقَانِ حَتَّى تُكَلِّمَ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا زَيْدًا وَعَمْرًا.

الْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ لَا يَدُلَّ عَلَى إِرَادَةِ أَحَدِ التَّوْزِيعَيْنِ فَهَلْ يُحْمَلُ التَّوْزِيعُ عِنْدَ هَذَا الْإِطْلَاقِ عَلَى الْأَوَّلِ أَوْ الثَّانِي فِي الْمَسْأَلَةِ خِلَافٌ وَالْأَشْهُرُ أَنَّهُ يُوزَعُ كُلُّ مِنْ أَفْرَادِ الْجُمْلَةِ عَلَى جَمِيعِ أَفْرَادِ الْجُمْلَةِ الْأُخْرَى إِذَا أُمِكنَ وَصَرَّحَ بِذَلِكَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي مَسْأَلَةِ الظَّهَارِ مِنْ نِسَائِهِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ. وَكَذَلِكَ لَا يَذْكُرُ الْخِلَافُ إِلَّا فِي بَعْضِ الصُّوَرِ وَيَجِبُ طَرْدُهُ فِي سَائِرِهَا مَا لَمْ يَمْنَعْ مِنْهُ مَانِعٌ وَلِذَلِكَ أَمْثَلَةٌ كَثِيرَةٌ، فَمِنْهَا: قَوْلُهُ ﷺ فِي تَعْلِيلِ مَسْحِهِ الْخَفِيِّنَ: «إِنِّي أَدْخَلْتُهُمَا وَهُمَا طَاهِرَتَيْنِ»^(٢) هَلِ الْمُرَادُ أَنَّهُ أَدْخَلَ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْ قَلَمَيْهِ

(١) اللج: الموج.

(٢) فيه دلالة على شرط جواز المسح على الملبوس أن يكون طاهر طهارة كاملة. المبسوط (٢/١٣٥). وهذا

الْخَفَيْنِ وَكُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا طَاهِرَةٌ أَوْ الْمُرَادُ أَنَّهُ أَدْخَلَ كُلَّ الْقَدَمَيْنِ الْخَفَيْنِ وَكُلُّ قَدَمٍ فِي حَالِ إِدْخَالِهَا طَاهِرَةٌ. وَيَنْبَغِي عَلَى ذَلِكَ مَسْأَلَةٌ مَا إِذَا غَسَلَ أَحَدَى رِجْلَيْهِ ثُمَّ أَدْخَلَهَا الْخَفَّ ثُمَّ غَسَلَ الْآخَرَى وَأَدْخَلَهَا الْخَفَّ فَعَلَى التَّوْزِيعِ الْأَوَّلِ وَهُوَ تَوْزِيعُ الْمُفْرَدِ عَلَى الْجُمْلَةِ لَا يَجُوزُ الْمَسْحُ، لِأَنَّهُ فِي حَالِ إِدْخَالِ الرَّجْلِ الْأَوَّلَى الْخَفَّ لَمْ يَكُنِ الرَّجْلَانِ طَاهِرَتَيْنِ وَعَلَى الثَّانِي وَهُوَ تَوْزِيعُ الْمُفْرَدِ عَلَى الْمُفْرَدِ بِصَحْ، وَفِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ عَنْ أَحْمَدَ وَلَكِنَّ الْقَائِلَ بِأَنَّ الْحَدَثَ الْأَصْغَرَ لَا يَتَّبَعُ وَأَنَّهُ لَا يَرْتَفِعُ إِلَّا بَعْدَ اسْتِكْمَالِ الطَّهَارَةِ بِمَنْعِ طَهَارَةِ الرَّجْلِ الْأَوَّلَى عِنْدَ دُخُولِ الْخَفِّ نَعَمْ وَجِدَتْ طَهَارَتُهُمَا عِنْدَ اسْتِكْمَالِ لُبْسِ الْخَفَيْنِ وَذَلِكَ مِنْ بَابِ تَوْزِيعِ الْجُمْلَةِ عَلَى الْجُمْلَةِ.

وَمِنْهَا مَسْأَلَةٌ: مُدٌّ^(١) عَجْوَةٌ، وَهِيَ قَاعِدَةٌ عَظِيمَةٌ بِنَفْسِهَا فَلَنَذْكُرَ هَاهُنَا مَضْمُونَهَا مُلَخَّصًا: إِذَا بَاعَ رِبَوِيًّا بِجِنْسِهِ وَمَعَهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ مِنَ الطَّرَفَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا كَمُدٍّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٍ بِمُدٍّ عَجْوَةٍ أَوْ مُدٍّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٍ بِمُدِّي عَجْوَةٍ بِدِرْهَمَيْنِ فَفِيهِ رَوَايَتَانِ أَشْهَرُهُمَا بِطُلَانِ الْعَقْدِ وَلَهُ مَاخِذَانِ:

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ مَسَلُّ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ أَنَّ الصَّفْقَةَ إِذَا اشْتَمَلَتْ عَلَى شَيْئَيْنِ مُخْتَلَفِي الْقِيَمَةِ يُقْسَطُ الثَّمَنُ عَلَى قِيَمَتِهِمَا وَهَذَا يُؤَدِّي هَاهُنَا إِمَّا إِلَى يَقِينِ التَّقَاضُلِ وَإِمَّا إِلَى الْجَهْلِ بِالتَّسَاوِي وَكِلَاهُمَا مُبْطِلٌ لِلْعَقْدِ فِي أُمُودِ الرِّبَا. وَبَيَانُ ذَلِكَ: أَنَّهُ إِذَا بَاعَ مُدًّا يُسَاوِي دِرْهَمَيْنِ وَدِرْهَمًا بِمُدَّيْنِ يُسَاوِيَانِ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمٍ كَانَ الدَّرْهَمُ فِي مُقَابَلَةِ ثَلَاثِي مُدٍّ وَيَبْقَى مُدٌّ فِي مُقَابَلَةِ مُدٍّ وَثُلُثُ ذَلِكَ رِبَاً وَكَذَلِكَ إِذَا بَاعَ مُدًّا يُسَاوِي دِرْهَمًا وَدِرْهَمَيْنِ بِمُدَّيْنِ يُسَاوِيَانِ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمٍ فَإِنَّهُ يَتَقَابَلُ الدَّرْهَمَانِ بِمُدٍّ وَثُلُثُ مُدٍّ وَيَبْقَى ثُلَاثَا مُدٍّ فِي مُقَابَلَةِ مُدٍّ، وَإِمَّا أَنْ فُرِضَ التَّسَاوِي كَمُدٍّ يُسَاوِي دِرْهَمًا، وَدِرْهَمٍ بِمُدٍّ يُسَاوِي دِرْهَمًا وَدِرْهَمٍ فَإِنَّ التَّقْوِيمَ ظَنٌّ وَتَخْمِينٌ فَلَا يَتَّعِنُ مَعَهُ الْمُسَاوَاةُ وَالْجَهْلُ بِالتَّسَاوِي هَاهُنَا كَالْعِلْمِ بِالتَّقَاضُلِ فَلَوْ فُرِضَ أَنَّ الْمُدَّيْنِ مِنْ شَجَرَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ مِنْ زَرْعٍ وَاحِدٍ وَأَنَّ الدَّرْهَمَيْنِ مِنْ نَقْلٍ وَاحِدٍ فَفِيهِ وَجْهَانِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ احْتِمَالَيْنِ:

الحديث أخرجه البخاري في فتح الباري في باب إذا أدخل رجله وهما طاهرتان، رقم (٢٠٣) (١) (٣٠٩)، وفي مسند أبي عوانة (١٩٥/١)، والسنن الصغرى حديث (١٢٨) (١٠١/١).

(١) المد: ربع الصاع، ويقال: إنه مقدر بأن يمد الرجل يديه فيملاً كفيه طعاماً، ولذلك سمي مداً، وقد قال في أصحابه عليه السلام: «لو أن أحدكم أتق ملء الأرض ذهباً ما بلغ مد أحدهم ولا نصفه» الغريب للخطابي (٢٤٨/١).

أَحَدُهُمَا: الْجَوَازُ لِتَحَقُّقِ الْمُسَاوَةِ. وَالثَّانِي: الْمَنْعُ لِحَوَازِ أَنْ يَتَغَيَّرَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْعَقْدِ فَتَنْقُصُ قِيَمَتُهُ وَحْدَهُ وَصَحَّحَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ الْمَنْعَ قَالَ: لِأَنَّ لَا تَقَابِلُ مُدًّا بِمُدٍّ وَدِرْهَمًا بِدِرْهَمٍ بَلْ تَقَابِلُ مُدًّا يَنْصَفُ مُدٌّ وَنِصْفُ دِرْهَمٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ خَرَجَ مُسْتَحَقًّا لِاسْتِرْدِّ ذَلِكَ وَحَيْثُ تَنَزَّلَ فَالْجَهْلُ بِالسَّوَاوِي قَائِمٌ، هَذَا مَا ذَكَرَهُ فِي تَقْرِيرِهِ هَذِهِ الطَّرِيقَةَ. وَهُوَ عِنْدِي ضَعِيفٌ، لِأَنَّ الْمُنْقَسِمَ هُوَ قِيَمَةُ الثَّمَنِ عَلَى قِيَمَةِ الثَّمَنِ [لَا إِجْرَاءَ أَحَدِهِمَا عَلَى قِيَمَةِ الْآخَرِ فَقِيمًا إِذَا بَاعَ مُدًّا يُسَاوِي دِرْهَمَيْنِ وَدِرْهَمًا بِمُدَّيْنِ يُسَاوِيَانِ ثَلَاثَةً لَا تَقُولُ دِرْهَمٌ مُقَابِلُ ثُلْثَيْ مُدٍّ بَلْ تَقُولُ ثُلْثُ الثَّمَنِ مُقَابِلُ ثُلْثِ الثَّمَنِ فَتَقَابِلُ ثُلْثُ الْمُدَّيْنِ بِثُلْثِ مُدٍّ وَثُلْثُ دِرْهَمٍ وَتَقَابِلُ ثُلْثُ الْمُدَّيْنِ بِثُلْثَيْ مُدٍّ وَثُلْثِي دِرْهَمٍ فَلَا تَنَفَّكُ مُقَابِلَةَ كُلِّ جُزْءٍ مِنَ الْمُدَّيْنِ بِجُزْءٍ مِنَ الْمُدِّ وَالْدِرْهَمِ] مُقَابِلُ لِثُلْثِ الثَّمَنِ فَتَقَابِلُ ثُلْثُ الْمُدَّيْنِ ثُلْثُ مُدٍّ وَثُلْثُ دِرْهَمٍ وَتَقَابِلُ ثُلْثَا الْمُدَّيْنِ بِثُلْثَيْ مُدٍّ وَثُلْثِي دِرْهَمٍ فَلَا يَنَفَّكُ مُقَابِلَةَ كُلِّ جُزْءٍ مِنَ الْمُدَّيْنِ بِجُزْءٍ مِنَ الْمُدِّ وَالْدِرْهَمِ. وَلِهَذَا لَوْ بَاعَ شِقْصًا وَسِيفًا بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَعِشْرَةَ دِنَانِيرٍ لِأَخَذَ الشَّقِيعُ الشَّقِصَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالْدِنَانِيرِ، نَعَمْ نَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ مَا يُقَابِلُ الدَّرَاهِمَ أَوْ الْمُدَّ مِنَ الْجُمْلَةِ الْآخَرَى إِذَا ظَهَرَ أَحَدُهُمَا مُسْتَحَقًّا أَوْ رُدَّ بِعَيْبٍ أَوْ غَيْرِهِ لِيَرُدَّ مَا قَابَلَهُ مِنْ عَوَضِهِ حَيْثُ كَانَ الْمَرْدُودُ هَاهُنَا مُعَيَّنًا مُفْرَدًا، أَمَّا مَعَ صِحَّةِ الْعَقْدِ فِي الْكُلِّ وَاسْتِدَامَتِهِ فَلِذَا نُوزِعَ أَجْزَاءُ الثَّمَنِ عَلَى أَجْزَاءِ الثَّمَنِ بِحَسَبِ الْقِيَمَةِ وَحَيْثُ تَنَزَّلَ فَالْمُفَاضَلَةُ الْمُتَّفِقَةُ كَمَا ذَكَرُوهُ مُتَّفِقَةٌ، وَأَمَّا إِنَّ الْمُسَاوَةَ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ فَقَدْ تَرَى فِي بَعْضِ الصُّوَرِ كَمَا سَبَقَ. وَالْمَأْخَذُ الثَّانِي: أَنَّ ذَلِكَ مَمْنُوعٌ سَدًّا لِلذَّرِيعَةِ الرَّبَا. فَإِنَّ اتِّخَاذَ ذَلِكَ حِيلَةً عَلَى الرَّبَا الصَّرِيحِ وَقَعَ كَيْبَعُ مِائَةِ دِرْهَمٍ فِي كَيْسٍ بِمِائَتَيْنِ جَعَلًا لِلْمِائَةِ فِي مُقَابِلَةِ الْكَيْسِ وَقَدْ لَا يُسَاوِي دِرْهَمًا فَمَنْعَ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَا مَقْصُودَيْنِ حَسْمًا لِهَذِهِ الْمَادَّةِ، وَفِي كَلَامِ أَحْمَدَ لِمَاءَ إِلَى هَذَا الْمَأْخَذِ.

وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ: بِجَوَازِ ذَلِكَ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ مَعَ الرَّبْوِيِّ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ مِنَ الطَّرَفَيْنِ أَوْ يَكُونَ مَعَ أَحَدِهِمَا وَلَكِنَّ الْمَفْرَدَ أَكْثَرُ مِنَ الَّذِي مَعَهُ غَيْرُهُ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ جَمَاعَةٍ جَعَلًا لِغَيْرِ الْجَنْسِ فِي مُقَابِلَةِ الْجَنْسِ وَفِي مُقَابِلَةِ الزِّيَادَةِ، وَمِنْ الْمُتَأَخِّرِينَ كَالسَّامِرِيِّ مَنْ يَشْتَرِطُ فِيمَا إِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ السَّوَاوِي جَعَلًا لِكُلِّ جَنْسٍ فِي مُقَابِلَةِ جَنْسِهِ وَهُوَ أَوَّلَى مِنْ جَعْلِ الْجَنْسِ فِي مُقَابِلَةِ غَيْرِهِ لَا سِيَّمَا مَعَ اخْتِلَافِهِمَا فِي الْقِيَمَةِ وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ فَإِنَّمَا بِجَوَازِ ذَلِكَ مَا لَمْ يَكُنْ حِيلَةً عَلَى الرَّبَا وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ فِي رَوَايَةِ حَرْبٍ وَلَا بَدَّ مِنْهُ. وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ يَكُونُ التَّوْزِيعُ هَاهُنَا لِلْأَفْرَادِ عَلَى

الأفراد وعلى الرواية الأولى هو من باب توزيع الأفراد على الجمل أو توزيع الجمل على الجمل، وللاصحاب في المسألة طريقة ثانية. وهو أنه لا يجوز بيع المحلى بجنس حليته قولاً واحداً، وفي بيعه ينقل آخر روايتان ويجوز بيعه بعرض رواية واحدة وهي طريقة أبي بكر في التثنية وابن أبي موسى والشيرازي وأبي محمد التميمي وأبي عبد الله الحسين الهمداني في كتاب المقتدى، ومن هؤلاء من جزم بالمنع من بيعه ينقل من جنسه وغير جنسه كأبي بكر في التثنية. وقال الشيرازي الأظهر المنع ومنهم من جزم بالجواز في بيعه غير جنسه كالتميمي ومنهم من حكى الخلاف كابن أبي موسى ونقل البرزاطي عن أحمد ما يشهد لهذه الطريقة في حلي صنع من مائة درهم فضة ومائة نحاس أنه لا يجوز بيعه كله بالفضة ولا بالذهب ولا بوزنه من الفضة والنحاس. ولا يجوز بيعه حتى يخلص الفضة من النحاس ويبع كل واحد منهما وحده، وفي توجيه هذه الطريقة غموض وحاصله أن بيع المحلى ينقل من جنسه قبل التمييز والتفصيل بينه وبين حليته يؤدي إلى الربا، لأنه بيع ربوي بجنسه من غير تحقق مساواة، لأن بعض الثمن يقابل العرض فيبقى الباقي مقابلاً للربوي ولا تتحقق مساواته وأما مع تمييز الربوي ومعرفة مقدارَه فلانما منعوا [منه] إذا ظهر فيه وجه الحلية أو كان التفاضل فيه متيقناً كبيع عشرة دراهم مكسورة بثمانية صبحاح وفلسين أو ألف صبحاح بألف مكسورة وثوب أو ألف صبحاح ودينار بألف ومائة مكسورة هكذا ذكره ابن أبي موسى وأما بيعه ينقل آخر أو ربوي من غير جنسه ولكن علة الربا فيها واحدة فالخلاف فيه مبني على الخلاف في بيع الموزونات والمكيلات وبعضها ببعض جزافاً وفي جواز روايتان. واختيار أبي بكر وابن أبي موسى والقاضي في خلافه المنع بأنه لو استحق أحدهما لم يدر بما يرجع على صاحبه فيؤدي إلى الربا من جهة العقد وهكذا علل أهل هذه الطريقة المنع في هذه المسألة وفيه ضعف فإن المستحق لم يصح العقد فيها وعوضه ثابت في الذمة فيجوز المصالحة عنه كسائر الديون المجهولة وهذا الخلاف يشبه الخلاف في اشتراط العلم برأس مال وضبط صفاته وأنه إذا أسلم في جنسين لم يجز حتى يبين قسط كل واحد منهما فإن السلم والصرف متقاربان وهذا كله في الجنسين. فأما بيع نوعي جنس بنوع منه ففيه طريقتان:

أحدهما: أن حكم نوعي الجنس حكم الجنسين وهو طريق القاضي وأصحابه نظراً، لأن توزيع العوض بالقيمة فيؤدي ذلك هاهنا إلى تعيين المفاضلة وليس هاهنا شيء من غير

الْجِنْسِ يُجْعَلُ فِي مُقَابَلَةِ الْفَاضِلِ.

وَالثَّانِي: الْجَوَازُ هَاهُنَا وَهُوَ طَرِيقُ أَبِي بَكْرٍ وَرَجَّحَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ وَالتَّلْخِصُ نَظَرًا إِلَى أَنَّ الْجَوْدَةَ وَالرَّدَاءَةَ لَا تُعْتَبَرُ فِي الرِّبَوِيَّاتِ مَعَ اتِّحَادِ النَّوعِ فَكَذَا فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ، وَالتَّقْسِيطُ إِنَّمَا يَكُونُ فِي غَيْرِ أَمْوَالِ الرِّبَا أَوْ فِي الْجِنْسِ بِدَلِيلِ مَا لَوْ بَاعَ نَوْعًا يَشْتَمِلُ عَلَى جَيِّدٍ وَرَدِيٍّ فَإِنَّ الْمَذْهَبَ جَوَّازُهُ وَلَكِنْ ذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ فِيهِ احْتِمَالًا بِالْمَنْعِ، وَنَقَلَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ أَحْمَدَ إِنْ كَانَ نَقْدًا لَمْ يَجْزُ فَإِنْ كَانَ ثَمَرًا جَازَ، وَالْفَرْقُ أَنَّ أَنْوَاعَ الثَّمَارِ يَكْثُرُ اخْتِلَاطُهَا وَيَشُقُّ تَمْيِيزُهَا بِخِلَافِ أَنْوَاعِ الثَّقُودِ وَهَذَا كُلُّهُ فِيمَا إِذَا كَانَ الرِّبَوِيُّ مَقْصُودًا بِالْعَقْدِ فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَقْصُودٍ بِالْأَصَالَةِ وَإِنَّمَا هُوَ تَابِعٌ لِغَيْرِهِ فَهَذَا ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ:

أَحَدُهَا: مَا لَا يُقْصَدُ عَادَةً وَلَا يُبَاعُ مُفْرَدًا كَتَزْوِيقِ الدَّارِ وَنَحْوِهِ فَلَا يُمْنَعُ مِنَ الْبَيْعِ بِجِنْسِهِ بِالِاتِّفَاقِ.

وَالثَّانِي: مَا يُقْصَدُ تَبَعًا لِغَيْرِهِ وَلَيْسَ أَصْلًا لِمَالِ الرِّبَا كَبَيْعِ الْعَبْدِ ذِي الْمَالِ بِمَالٍ مِنْ جِنْسِهِ إِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ الْأَصْلِيُّ هُوَ الْعَبْدُ وَفِيهِ ثَلَاثُ طُرُقٍ أَحَدُهَا أَنَّهُ يَصْحُحُ رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ سَوَاءٌ قُلْنَا: إِنَّ الْعَبْدَ يَمْلِكُ أَوْ لَا يَمْلِكُ وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي بَكْرٍ وَالْخِرَقِيِّ وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي مَوَاضِعَ مِنْ فَصُولِهِ وَصَاحِبُ الْمُغْنِيِّ وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ. وَالثَّانِيَةُ: الْبِنَاءُ عَلَى مِلْكِ الْعَبْدِ فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ يَصْحُحُ، لِأَنَّ الْمَالَ مِلْكُ الْعَبْدِ فَلَيْسَ بِدَاخِلٍ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ كَمَالِ الْمَكَاتِبِ لَا يَدْخُلُ مَعَهُ فِي بَيْعِهِ وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ أُعْتِبِرَ لَهُ شُرُوطُ الْبَيْعِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ وَأَبِي الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ. وَالثَّالِثَةُ: طَرِيقَةُ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ إِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ أُعْتِبِرَ لَهُ شُرُوطُ الْبَيْعِ وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ فَإِنْ كَانَ مَقْصُودًا أُعْتِبِرَ لَهُ ذَلِكَ وَإِلَّا فَلَا. وَأَنْكَرَ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ أَنْ يَكُونَ الْقَصْدُ وَعَدَمُهُ مُعْتَبَرًا فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ وَفِي الظَّاهِرِ وَهُوَ عَدُولٌ عَنْ قَوَاعِدِ الْمَذْهَبِ وَأَصُولِهِ.

النَّوعُ الثَّلَاثُ: مَا لَا يُقْصَدُ وَهُوَ تَابِعٌ لِغَيْرِهِ وَهُوَ أَصْلُ لِمَالِ الرِّبَا إِذَا بَاعَ بِمَا فِيهِ وَهُوَ ضَرْبَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يُمْكِنَ إِفْرَادُ التَّابِعِ بِالْبَيْعِ كَبَيْعِ نَخْلَةٍ عَلَيْهَا رُطْبٌ بِرُطْبٍ. وَفِيهِ طَرِيقَانِ: أَحَدُهُمَا: وَهُوَ طَرِيقُ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ الْمَنْعُ، لِأَنَّهُ مَالٌ مُسْتَقِلٌّ بِنَفْسِهِ فَوَجِبَ اعْتِبَارُ أَحْكَامِهِ بِنَفْسِهِ مُفْرَدًا عَنْ حُكْمِ الْأَصْلِ.

وَالثَّانِي: الْجَوَّازُ وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي بَكْرٍ وَالْخِرَقِيِّ وَأَبْنِ بَطَّةٍ وَالْقَاضِي فِي الْخِلَافِ كَمَا سَبَقَ

فِي بَيْعِ الْعَبْدِ ذِي الْمَالِ، وَاشْتَرَطَ ابْنُ بَطَّةَ وَغَيْرُهُ أَنْ يَكُونَ الرُّطْبُ غَيْرَ مَقْصُودٍ وَلِذَلِكَ شَرَطَ فِي بَيْعِ النَّخْلَةِ الَّتِي عَلَيْهَا ثَمَرٌ لَمْ يَبْدُ صِلَاحُهَا أَنْ يَكُونَ الثَّمَرُ غَيْرَ مَقْصُودٍ وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ وَالْأَثَرِمْ، وَتَأَوَّلَهُ الْقَاضِي لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ وَمَعْنَى قَوْلِنَا غَيْرُ مَقْصُودٍ أَيُّ بِالْأَصَالَةِ وَلَكِنَّا الْمَقْصُودُ فِي الْأَصْلِيِّ الشَّجَرِ وَالثَّمَرُ مَقْصُودٌ تَبَعًا.

وَالضَّرْبُ الثَّانِي: أَنْ لَا يَكُونَ التَّابِعُ مِمَّا لَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ كَبَيْعِ شَاةٍ لَبُونٍ يَلْبَنُ أَوْ ذَاتِ صُوفٍ بِصُوفٍ وَيَبْعُ الثَّمَرُ بِالتَّوَى فَيَجُوزُ هَاهُنَا عِنْدَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنِ حَامِدٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى وَمَنْعَ مِنْهُ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَقَدْ حُكِيَ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَانِ عَنْ أَحْمَدَ وَلَعَلَّ الْمَنْعَ يَنْزِلُ عَلَى مَا إِذَا كَانَ الرَّبْوِيُّ مَقْصُودًا وَالْجَوَازُ عَلَى عَدَمِ الْقَصْدِ وَقَدْ صَرَّحَ بِإِعْتِبَارِ عَدَمِ الْقَصْدِ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ وَيَشْهَدُ لَهُ تَعْلِيلُ الْأَصْحَابِ كُلِّهِمُ الْجَوَازَ بِأَنَّهُ تَابِعٌ غَيْرُ مَقْصُودٍ، وَأَعْلَمُ أَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مُنْقَطِعَةٌ عَنْ مَسَائِلِ مَدِّ عَجْوَةٍ وَأَنَّ الْقَوْلَ بِالْجَوَازِ لَا يَتَّقِدُ بِزِيَادَةِ الْمُفْرَدِ عَلَى مَا مَعَهُ. وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي بَيْعِ الْعَبْدِ الَّذِي لَهُ مَالٌ بِمَالٍ دُونَ الَّذِي مَعَهُ وَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي مَسْأَلَةِ الْعَبْدِ وَالتَّوَى بِالثَّمَرِ وَكَذَلِكَ الْمَنْعُ فِيهَا مُطْلَقٌ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ، وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ خَرَجَهَا أَوْ بَعْضَهَا عَلَى مَسَائِلِ مَدِّ عَجْوَةٍ فَفَرَّقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمُفْرَدُ أَكْثَرَ مِنَ الَّذِي مَعَهُ غَيْرُهُ أَوْ لَا وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ كَأَبِي الْخَطَّابِ وَابْنِ عَقِيلٍ فِي مَسْأَلَةِ الْعَبْدِ ذِي الْمَالِ وَكَذَلِكَ حَكَى أَبُو الْفَتْحِ الْحَلَوَانِيُّ رَوَايَةَ فِي بَيْعِ الشَّاةِ ذَاتِ الصُّوفِ وَاللَّبَنِ بِالصُّوفِ وَاللَّبَنِ أَنَّهُ يَجُوزُ بِشَرَطٍ أَنْ يَكُونَ الْمُفْرَدُ أَكْثَرَ مِمَّا فِي الشَّاةِ مِنْ جَنْسِهِ وَلَعَلَّ هَذَا مَعَ قَصْدِ اللَّبَنِ وَالصُّوفِ بِالْأَصَالَةِ وَالْجَوَازُ مَعَ عَدَمِ الْقَصْدِ فَيَرْتَفِعُ الْخِلَافُ حِينَئِذٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَإِنْ حُمِلَ عَلَى إِطْلَاقِهِ فَهُوَ مُتَنَزِّلٌ عَلَى أَنَّ التَّبَعِيَّةَ هَاهُنَا لَا غَيْرَةَ فِيهَا وَأَنَّ الرَّبْوِيَّ التَّابِعَ لِغَيْرِهِ فَهُوَ مُسْتَقِلٌّ بِنَفْسِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا بَاعَ رَجُلٌ عَبْدَيْنِ لَهُ مِنْ رَجُلَيْنِ بِثَمَنٍ وَاحِدٍ فَإِنَّ الْمَبِيعَ يَقَعُ شَاعيًا بَيْنَهُمَا فَيَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ كُلِّ عَبْدٍ، وَلَا يَتَخَرَّجُ هُنَا وَجْهٌ آخَرُ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ عَبْدٌ، لِأَنَّهُ يَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ عَدَمُ تَعْيِينِ الْمَبِيعِ فَيَفْسُدُ الْمَبِيعُ، نَعَمْ لَوْ كَانَ الْعَقْدُ مِمَّا يَصِحُّ بِهِ مَبْهُمَا كَالْوَصِيَّةِ وَالْمَهْرِ وَالْخُلْعِ تَوَجَّهَ هَذَا التَّخْرِيجُ فِيهِ. وَلَوْ أَقْرَأَ لِرَجُلٍ يَنْصِفُ عَبْدَيْنِ ثُمَّ فَسَرَهُ بِعَبْدٍ مُعَيَّنٍ قَبْلَ بَخْلَافٍ مَا إِذَا أَقْرَأَ لَهُ يَنْصِفُ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ ثُمَّ فَسَرَهُ بِأَحَدِهِمَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ، لِأَنَّ الْأَوَّلَ مُطْلَقٌ فَيَصِحُّ تَفْسِيرُهُ بِمُعَيَّنٍ كَمَا لَوْ قَالَ لِرَوْجَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفُ تَطْلِيقَتَيْنِ فَإِنَّهَا تَطْلُقُ وَاحِدَةً، وَأَمَّا إِذَا أَوْصَى لَهُ بِثُلْثِ ثَلَاثَةِ أَعْبَدٍ ثُمَّ أُسْتَحَقَّ مِنْهُمْ اثْنَانِ فَهَلْ يُسْتَحَقُّ ثُلُثُ

الْبَاقِي أَوْ كُلُّهُ فِيهِ وَجْهَانِ. وَهَذَا قَدْ يَتَوَهَّمُ مِنْهُ قَبُولُ التَّفْسِيرِ بِعَبْدٍ مُفْرَدٍ مَعَ التَّعْيِينِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ حَرَكَ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ أَنَّهُ هَلْ يَدْخُلُ الْعَبْدُ وَنَحْوُهُمْ قِسْمَةَ الْإِجْبَارِ أَمْ لَا؟ وَفِيهِ وَجْهَانِ وَالْمَنْصُوصُ دُخُولُهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا رَهْنَهُ اثْنَانِ عَيْنَيْنِ أَوْ عَيْنًا لِهَمَا صَفَقَةً وَاحِدَةً عَلَى دَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِمَا مِثْلُ أَنْ يَرَهْنَاهُ دَارًا لِهَمَا عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ لَهُ عَلَيْهِمَا نَصٌّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ مُهْتًا عَلَى أَنَّ أَحَدَهُمَا إِذَا قَضَى مَا عَلَيْهِ وَلَمْ يَقْضِ الْآخَرُ أَنَّ الدَّارَ رَهْنٌ عَلَى مَا بَقِيَ. فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ جَعَلَ نَصِيبَ كُلِّ وَاحِدٍ [رَهْنًا] بِجَمِيعِ الْحَقِّ تَوْزِيْعًا لِلْمُفْرَدِ عَلَى الْجُمْلَةِ لَا عَلَى الْمُفْرَدِ وَبِذَلِكَ جَزَمَ أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ وَابْنُ أَبِي مُوسَى وَأَبُو الْخَطَّابِ وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ صَاحِبِ التَّلْخِيصِ. قَالَ الْقَاضِي: هَذَا بِنَاءٌ عَلَى الرِّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ: إِنَّ عَقْدَ الْاِثْنَيْنِ مَعَ الْوَاحِدِ فِي حُكْمِ الصَّفَقَةِ الْوَاحِدَةِ. أَمَّا إِذَا قُلْنَا: بِالْمَذْهَبِ الصَّحِيحِ فِي حُكْمِ عَقْدَيْنِ كَانَ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ مَرَهُونًا يَنْصَفِ الدَّيْنِ قَالَ: وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِمَا رَهْنٌ صَارَ كَفِيلًا عَنْ صَاحِبِهِ فَلَا يَنْفَكُ الرَّهْنُ فِي نَصِيبِهِ حَتَّى يُوَدَّى بِجَمِيعِ مَا عَلَيْهِ، وَتَأَوَّلَهُ [أَيْضًا] فِي مَوْضِعٍ آخَرَ عَلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ إِذَا قَضَى أَحَدُهُمَا لَمْ يَنْفَكْ حَقُّهُ مِنَ الرَّهْنِ، لِأَنَّهُ مُطَالَبٌ بِمَا ضَمِنَهُ. قَالَ: وَأَمَّا إِنْ لَمْ يَضْمَنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا عَلَى صَاحِبِهِ فَلَهُ الرُّجُوعُ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ. وَلَيْسَ فِي كَلَامِ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى الضَّمَّانِ وَقَدْ تَبَيَّنَ عَلَى ذَلِكَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدَّيْنِ وَقَالَ: عَلَى هَذَا يَصِحُّ الرَّهْنُ مِنْ لَيْسَ الدَّيْنُ عَلَيْهِ وَعَلَى الْأَوَّلِ لَا يَصِحُّ، وَتَأَوَّلَ الْقَاضِي أَيْضًا فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُغْنِيِّ كَلَامَ أَحْمَدَ عَلَى أَنَّ الرَّهْنَ انْفَكَ فِي نَصِيبِ الْمُوفِيِّ لِلدَّيْنِ لَكِنْ لَيْسَ لِلرَّاهِنِ مَقَاسِمَةُ الْمُرْتَهِنِ لِمَا عَلَيْهِ مِنَ الضَّرَرِّ لَا لِمَعْنَى أَنَّ الْمُعَيَّنَ يَكُونُ كُلُّهَا رَهْنًا وَيُمَثِّلُ ذَلِكَ تَأَوَّلَ صَاحِبِ الْمُغْنِيِّ مَا قَالَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَالْحَلَوَانِيُّ وَغَيْرُهُمَا فَيَمْنُ رَهْنٌ عِنْدَ رَجُلَيْنِ فَوَفَّى أَحَدَهُمَا أَنَّهُ يَبْقَى جَمِيعُهُ رَهْنًا عِنْدَ الْآخَرِ وَتَأَوَّلَهُ عَلَى الْمَنْعِ مِنَ الْمَقَاسِمَةِ وَهُوَ ضَعِيفٌ لَوَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَى أَنَّ الدَّارَ رَهْنٌ عَلَى مَا بَقِيَ. وَالثَّانِي: أَنَّ انْفِكَكَ أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ وَقَبْضَ صَاحِبِهِ لَهُ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَقَاسِمَةِ فَإِنَّ الشَّرِيكَ يَقْبِضُ نَصِيبَهُ الْمُشْتَرَكِ مِنْ غَيْرِ اقْتِسَامٍ وَيَكُونُ قَبْضًا صَحِيحًا إِذَا الْقَبْضُ يَتَأَتَّى فِي الْمَشَاعِ وَيُشْبِهُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مَا إِذَا كَاتَبَ عَبْدَيْنِ لَهُ صَفَقَةً وَاحِدَةً بِعَوَضٍ وَاحِدٍ ثُمَّ أَدَّى أَحَدَهُمَا حِصَّتَهُ مِنَ الْكِتَابَةِ هَلْ يُعْتَقُ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يُعْتَقُ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ، لِأَنَّهُ أَدَّى مَا يَخْصُهُ فَهُوَ كَمَا لَوْ أَدَّى أَحَدُ الْمُشْتَرِيَيْنِ حَصَّتَهُ مِنَ الثَّمَنِ فَإِنَّهُ يَتَسَلَّمُ نَصِيبَهُ تَسْلِيمًا مُشَاعًا عِنْدَ الْأَصْحَابِ وَمَا ذَكَرَهُ فِي الْمُغْنِي مِنَ مَنَعَ التَّسْلِيمِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَهُوَ يَرْجِعُ إِلَى أَنَّهُ لَا يَتَسَلَّمُ الْعَيْنَ كُلَّهَا وَهَذَا صَحِيحٌ وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي الْخِلَافِ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا حَتَّى يُؤَدِّيَا جَمِيعَ مَالِ الْكِتَابَةِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى وَنَقَلَ مُهَنَّأٌ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَشْهَدُ لَهُ وَاخْتَلَفُوا فِي مَأْخَذِهِ فَقِيلَ: لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عِنَقٌ مُعَلَّقٌ بِشَرْطٍ فَلَا يَقَعُ إِلَّا بَعْدَ كَمَالِ شَرْطِهِ وَهُوَ هَاهُنَا آدَاءُ جَمِيعِ الْمَالِ وَهَذَا بَعِيدٌ عَنْ أَصْلِ أَبِي بَكْرٍ، لِأَنَّهُ يَرَى أَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ مَحْضَةٌ لَا تَعْلِقُ فِيهَا بِحَالٍ، وَقِيلَ: لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ ضَامِنٌ عَنْ صَاحِبِهِ فَلَا يُعْتَقُ حَتَّى يُؤَدِّيَ جَمِيعَ مَا عَلَيْهِ، وَقِيلَ: لِأَنَّهَا صَفَقَةٌ وَاحِدَةٌ فَلَا تَتَّبَعُ وَهَذَا قَدْ يَرْجِعُ إِلَى الضَّمَانِ أَيْضًا كَأَنَّهُ التَّزَمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْأَلْفَ عَنْهُ وَعَنْ صَاحِبِهِ فَيَكُونُ تَوْزِيْعًا لِلْمُفْرَدِ عَلَى الْجُمْلَةِ إِذْ لَوْ لَمْ يَلْزَمْ أَحَدُهُمَا آدَاءُ جَمِيعِ الْمَالِ [لَمَّا] وَقَفَ عَقْبُهُ عَلَى آدَائِهِ. وَقَدْ اخْتَلَفَ كَلَامُ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ فِي ضَمَانِ كُلِّ مِنْهُمَا عَنْ الْآخِرِ فَتَفْيَاهُ تَارَةً وَابْتَاهُ أُخْرَى، وَنَقَلَ ابْنُ مَنصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى قَوْمٍ حَقٌّ أَنَّهُ كَتَبَ فِي كِتَابِهِمْ أَيُّهُمْ شَيْئٌ أَخَذْتُ بِحَقِّي مِنْهُ يَأْخُذُ أَيُّهُمْ شَاءَ وَمَفْهُومُهُ أَنَّ الْغُرَمَاءَ لَا ضَمَانَ بَيْنَهُمْ يَدُونَ الشَّرْطَ بِكُلِّ حَالٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَضَعَ الْمُتَرَاهِنَانِ الرِّهْنَ عَلَى يَدَيَّ عَدْلَيْنِ وَكَانَا عَيْنَيْنِ مُتَفَرَّدَيْنِ أَوْ كَانَ مِمَّا يُقَسَّمُ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ فَهَلْ لَهُمَا انْقِسَامُهُ وَأَنْفِرَادُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحِفْظِ نَصِيبِهِ أَمْ لَا عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يَجُوزُ ذَلِكَ قَالَهُ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ تَوْزِيْعًا لِلْمُفْرَدِ عَلَى الْمُفْرَدِ فَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَمِينًا عَلَى نَصِيبِهِ وَصَرَّحَ الْقَاضِي بِذَلِكَ، وَعَلَى هَذَا فَلَوْ دَفَعَ أَحَدُهُمَا النِّصْفَ الْمَقْسُومَ الَّذِي بِيَدِهِ إِلَى الْآخِرِ فَتَلَفَ فِي يَدِهِ فَهَلْ يَضْمَنُهُ عَلَى احْتِمَالَيْنِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي، لِأَنَّهُ انْفَرَدَ بِهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا سَلَّمَ الْكُلَّ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ كَذَا قَالَ الْقَاضِي. وَقَالَ مَرَّةً أُخْرَى: يَضْمَنُ نِصْفَهُ أَيْضًا.

وَالثَّانِي: لَا يَجُوزُ انْقِسَامُهُ بَلْ يَتَعَيَّنُ حِفْظُهُ كُلُّهُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُجْتَمِعَيْنِ. وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَابْنِ عَقِيلٍ وَصَاحِبِ الْمُغْنِي وَالتَّلْخِصِ، لِأَنَّ الْمُتَرَاهِنَيْنِ إِنَّمَا رَضِيَا بِحِفْظِهِمَا جَمِيعًا فَلَا يَجُوزُ لَهُمَا الْانْفِرَادُ كَالْوَصِيَّيْنِ وَالْوَكِيلِ فِي الْبَيْعِ وَعَلَى هَذَا يُخْرَجُ

الْوَدِيعَةَ لِاثْنَيْنِ وَالْوَصِيَّةَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْحِفْظِ خَاصَّةً دُونَ النَّصْرِ فَإِنَّهُ لَا يَسْتَقِلُّ أَحَدُهُمَا بِشَيْءٍ مِنْهُ. وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ انْفِرَادِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنَصْفِ النَّصْرِ فَتَقَلُّ عَنْهُ حَرْبٌ فِيمَنْ قَالَ لِرَجُلَيْنِ: تَصَدَّقَا عَنِّي بِأَلْفِي دِرْهَمٍ مِنْ ثُلْثِي فَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ أَلْفًا فَتَصَدَّقَ بِهَا عَلَى حِدَةٍ لِيَكُونَ أَسْهَلُ عَلَيْهِمَا فَلَمْ يَرِ بِهِ بَأْسًا. وَهَذَا قَدْ يَخْتَصُّ بِالصَّدَقَةِ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ مِنْهَا بِالْانْفِرَادِ بِخِلَافِ غَيْرِهِ مِنَ النَّصَرَاتِ الَّتِي يَقْصَدُ بِهَا الْحِظُّ وَالْعِبْطَةُ وَالْكَسْبُ. قَالَ فِي التَّلْخِيصِ: وَلَوْ وَكَّلَ اثْنَيْنِ فِي الْمُخَاصَمَةِ لَمْ يَكُنْ لَوَاحِدٍ الْاسْتِئْذَانُ بِهَا كَالْوَصِيَّتَيْنِ وَوَكَيْلِي النَّصْرِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لَهُ، لِأَنَّ الْعُرْفَ فِي الْخُصُومَةِ يَقْتَضِيهِ بِخِلَافِ غَيْرِهَا انْتَهَى. وَقَالَ [القَاضِي] أَيْضًا: وَلَوْ تَعَدَّدَ الْمُعَيَّنُ فَاحْتِمَالَانِ يَغْنِي فِي تَعَدُّدِ الصَّفَقَةِ وَاتِّحَادِهَا.

وَمِنْهَا: الضَّمَانُ، فَإِذَا ضَمِنَ اثْنَانِ دِيَّةَ رَجُلٍ لِعَرِيضِهِ فَهَلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ لِجَمِيعِ الدَّيْنِ أَوْ بِالْحِصَّةِ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: كُلُّ مِنْهُمَا ضَامِنٌ لِلْجَمِيعِ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ مُهَنَّأٌ فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ أَلْفٌ دِرْهَمٍ فَكَفَلَ بِهَا كَفِيلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ ضَامِنٌ فَأَيُّهُمَا شَاءَ أَخَذَ جَمِيعَ حَقِّهِ مِنْهُ وَكَذَا قَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ فِيمَنْ قَالَ لِلرَّجُلِ أَلْقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ عَلَى أَنِّي وَرَكْبَانُ السَّفِينَةِ ضَمَنَاءُ فَأَلْقَاهُ ضَمِنَهُ دُونَهُمْ إِلَّا أَنْ يَتَطَوَّعُوا بِالضَّمَانِ مَعَهُ. وَقَدْ يَكُونُ مَا أَخَذَ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ هَذَا مِنْ بَابِ التَّغْيِيرِ فَإِنَّهُ إِنَّمَا أَلْقَاهُ ظَنًّا مِنْهُ أَنْ قِيمَتَهُ تَرُدُّ عَلَيْهِ اعْتِمَادًا عَلَى قَوْلِ هَذَا الْقَائِلِ فَلِذَلِكَ لَزِمَهُ الضَّمَانُ وَعَلَى هَذَا فَيَفْرُقُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ صَاحِبُ الْمَتَاعِ عَالِمًا بِالْحُكْمِ أَوْ جَاهِلًا [بِهِ].

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّ الضَّمَانَ بِالْحِصَّةِ إِلَّا أَنْ يُصَرِّحُوا بِمَا يَقْتَضِي خِلَافَهُ مِثْلُ أَنْ يَقُولُوا ضَمِنَّا لَكَ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَّا يَضْمَنُ الْأَلْفَ الَّتِي لَكَ عَلَى فَلَانٍ فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَلْزِمُهُ الْأَلْفُ حَيْثُ تَنَزَّلَ. وَأَمَّا مَعَ إِطْلَاقِ ضَمَانِ الْأَلْفِ مِنْهُمْ بِالْحِصَّةِ وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي فِي الْمَجَرَّدِ وَالْخِلَافِ وَصَاحِبِ الْمُعْنَى وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْمَسْأَلَةِ احْتِمَالَيْنِ وَبَيَّنَّاهُ الْقَاضِي عَلَى أَنَّ الصَّفَقَةَ تَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِ الضَّامِنَيْنِ فَيَصِيرُ الضَّمَانُ مُوزَعًا عَلَيْهِمَا وَعَلَى هَذَا فَلَوْ كَانَ الْمَضْمُونُ دَيْنًا مُتَسَاوِيًا عَلَى رَجُلَيْنِ فَهَلْ يُقَالُ: كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ لِنَصْفِ الدَّيْنَيْنِ أَوْ كُلُّ مِنْهُمَا ضَامِنٌ لِأَحَدِهِمَا بِانْفِرَادٍ؟ إِذَا قُلْنَا: بِصِحَّةِ ضَمَانِ الْمُبْهَمِ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ. وَالْأَوَّلُ أَشْبَهَ بِكَلَامِ الْأَصْحَابِ، وَشِبْهُ يَهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَا إِذَا كَفَلَ اثْنَانِ شَخْصًا لِأَخْرَ فُسِّلِمَهُ أَحَدُهُمَا إِلَى الْمَكْفُولِ

لَهُ فَهَلْ يَبْرَأُ الْكَفِيلُ الْآخَرُ أَمْ لَا عَلَى وَجْهَيْنِ: أَشْهَرُهُمَا أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ، لِأَنَّهُمَا كَفَالَتَانِ وَالْوَيْثَقَانِ إِذَا انْحَلَّتْ إِحْدَاهُمَا بِغَيْرِ تَوْفِيَةٍ بَقِيَتْ الْآخَرَى كَالضَّامِنَيْنِ إِذَا بَرِئَ أَحَدُهُمَا وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ. وَالثَّانِي: يَبْرَأُ، لِأَنَّ التَّوْفِيَةَ قَدْ وَجِدَتْ بِالتَّسْلِيمِ فَهُوَ كَمَا لَوْ سَلَّمَ الْمَكْفُولُ نَفْسَهُ أَوْ وَفَى أَحَدُ الضَّامِنَيْنِ الدَّيْنَ وَهُوَ احْتِمَالٌ فِي الْكَافِي وَقَوْلُ الْأَزْجِيِّ فِي نَهَائَتِهِ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ السَّامِرِيِّ فِي فُرُوقِهِ وَهُوَ يَعُودُ إِلَى أَنَّهَا كَفَالَةٌ وَاحِدَةٌ وَالْأَظْهَرُ أَنََّّهُمَا إِنْ كَفَلَا كَفَالَةَ الْاِشْتِرَاكِ فَإِنْ قَالَا: كَفَلْنَا لَكَ زَيْدًا نُسَلِّمُهُ إِلَيْكَ فَإِذَا سَلَّمَهُ أَحَدُهُمَا بَرِئَ الْآخَرُ، لِأَنَّ التَّسْلِيمَ الْمُتَلَزِمَ وَاحِدٌ فَهُوَ كَأَدَاءِ أَحَدِ الضَّامِنَيْنِ لِلْمَالِ، وَإِنْ كَفَلَا كَفَالَةَ انْفِرَادٍ وَاشْتِرَاكِ بَانَ قَالَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهَا كَفِيلٌ لَكَ بِزَيْدٍ فَكُلُّ مِنْهُمَا مُتَلَزِمٌ لَهُ إِحْضَارًا فَلَا يَبْرَأُ بِدُونِهِ مَا دَامَ الْحَقُّ بَاقِيًا عَلَى الْمَكْفُولِ فَهُوَ كَمَا لَوْ كَفَلَا عَقْدَيْنِ مُتَفَرِّقَيْنِ وَهَذَا قِيَاسُ قَوْلِ الْقَاضِي فِي ضَمَانِ الرَّجُلَيْنِ لِلدَّيْنِ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ عُقُودَ التَّوْفِيقَاتِ وَالْأَمَانَاتِ إِذَا اشْتَمَلَتْ عَلَى جُمْلَةٍ فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ فِيهَا تَوَزِيعَ أَفْرَادِ الْجُمْلَةِ أَوْ أَجْزَائِهَا عَلَى أَفْرَادِ الْجُمْلَةِ الْمُقَابِلَةِ لَهَا أَوْ عَلَى أَجْزَاءِ الْعَيْنِ الْمُقَابِلَةِ لَهَا فَيُقَابِلُ كُلُّ مُفْرَدٍ لِمُفْرَدٍ أَوْ كُلُّ مُفْرَدٍ لِجُزْءٍ أَوْ كُلُّ جُزْءٍ لِجُزْءٍ، وَيُمَكِّنُ تَوَزِيعَ كُلِّ فَرْدٍ مِنَ الْجُمْلَةِ عَلَى مَجْمُوعِ أَفْرَادِ الْجُمْلَةِ الْآخَرَى أَوْ أَجْزَائِهَا فَيُثَبِّتُ الْاِشْتِرَاكَ بِالْإِشَاعَةِ وَيَكُونُ الْعَقْدُ عَلَى هَذَيْنِ الْاِحْتِمَالَيْنِ وَاحِدًا وَيُمَكِّنُ أَنْ يَثْبُتَ حُكْمُ التَّوْفِيقَةِ وَالْأَمَانَةِ بِكَمَالِهِ لِكُلِّ فَرْدٍ فَرْدٌ فَيَكُونُ هَاهُنَا عُقُودٌ مُتَعَدِّدَةٌ وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ التَّفْرِيعَ عَلَى هَذِهِ الْاِحْتِمَالَاتِ الثَّلَاثَةِ: فَأَمَّا عُقُودُ التَّمْلِيكَاتِ فَلَا يَتَأَتَّى فِيهَا الْاِحْتِمَالُ الثَّلَاثُ وَلَوْ قِيلَ بِتَعَدُّدِ الصَّفَقَةِ فِيمَا يَتَعَدَّدُ الْمُتَعَاقِدِينَ لَاسْتِحَالَةٌ أَنْ يَكُونَ الْمِلْكُ ثَابِتًا فِي عَيْنٍ وَاحِدَةٍ لِمَالِكَيْنِ عَلَى الْكَمَالِ، وَلَكِنَّمَا يَقَعُ التَّرَدُّدُ فِيهَا بَيْنَ الْاِحْتِمَالَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ. وَيُسْتَشْنَى مِنْ ذَلِكَ صُورَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يُوصِيَّ بِعَيْنٍ لِزَيْدٍ ثُمَّ يُوصِيَّ بِهَا لِعَمْرٍو وَيَقُولُ: لَيْسَ بِرُجُوعٍ كَمَا هُوَ الْمَشْهُورُ مِنَ الْمَذْهَبِ فَيَكُونُ كُلُّ مِنْهُمَا مُسْتَحَقًّا لِلْعَيْنِ لِكَمَالِهَا وَيَقَعُ التَّرَاحُمُ فَيَشْتَرِكَانِ فِي قَسْمِهَا، فَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْمُوصِي أَوْ رَدَّ لَاسْتَحَقَّهَا الْآخَرُ بِكَمَالِهَا. وَالثَّانِيَّةُ: أَنْ يَقِفَ عَلَى قَوْمٍ مُعَيَّنِينَ أَوْ مَوْصُوفِينَ ثُمَّ عَلَى آخَرِينَ بَعْدَهُمْ فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الطَّبَقَةِ الْأُولَى مُسْتَحَقٌّ لِجَمِيعِ الْوَقْفِ بِانْفِرَادِهِ حَتَّى لَوْ لَمْ يَبْقَ مِنَ الطَّبَقَةِ سِوَاهُ لَاسْتَحَقَّ الْوَقْفَ كُلَّهُ هَكَذَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ. وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ يُونُسَ بْنِ أَبِي مُوسَى وَمُحَمَّدِ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ الْمُنَادِي فِيمَنْ وَقَفَ ضَيْعَةً عَلَى وَلَدِهِ وَأَوْلَادِهِمْ وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِمْ أَبَدًا

مَا تَنَاسَلُوا فَإِنْ حَدَثَ بِوَاحِدٍ مِنْهُمْ حَدَثُ الْمَوْتِ دَفَعَ ذَلِكَ إِلَى وَلَدِهِ يَعْنِي الْوَاقِفَ وَوَلَدَ
أَوْلَادِهِمْ يَجْرِي ذَلِكَ عَلَيْهِمْ مَا تَنَاسَلُوا وَقَدْ وَلَدَ هَؤُلَاءِ الْقَوْمَ الَّذِينَ وَقَفَ عَلَيْهِمْ أَوْلَادًا هَلْ
يَدْخُلُونَ مَعَ آبَائِهِمْ فِي الْقِسْمَةِ أَوْ يَصِيرُ هَذَا الشَّيْءُ إِلَيْهِمْ بَعْدَ الْمَوْتِ مَوْتِ آبَائِهِمْ وَمَنْ مَاتَ
مِنْهُمْ وَلَمْ يَخْلَفْ وَلَكِنْ يَرْجِعُ نَصِيْبُهُ إِلَى إِخْوَتِهِ أَمْ لَا؟ قَالَ: يَجْرِي ذَلِكَ عَلَى الْوَلَدِ وَوَلَدِ
الْوَلَدِ يَتَوَارَثُونَ ذَلِكَ حَتَّى لَا يَكُونَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ فَيَرُدُّ عَلَى الْبَاقِينَ مِنْ إِخْوَتِهِ وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُ
يَكُونُ تَرْتِيبُ أَفْرَادٍ بَيْنَ كُلِّ وَلَدٍ وَوَالِدِهِ لِقَوْلِهِ يَتَوَارَثُونَ ذَلِكَ. وَجُعِلَ قَوْلُ الْوَاقِفِ مَنْ مَاتَ
عَنْ وَلَدٍ فَنَصِيْبُهُ لَوَلَدِهِ مُقْتَضِيًا لِهَذَا التَّرْتِيبِ وَمُخَصَّصًا لِعُمُومِ أَوَّلِ الْكَلَامِ الْمُقْتَضِي
لِلتَّشْرِيكِ. وَقَدْ زَعَمَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ أَنَّ كَلَامَ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ يَدُلُّ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ
وَأَنَّهُ يَكُونُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْأَوْلَادِ وَأَوْلَادِهِمْ ثُمَّ يَضَافُ إِلَى كُلِّ وَلَدٍ نَصِيْبُ وَالِدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ،
وَلَيْسَ فِي كَلَامِ الْقَاضِي مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ لِمَنْ رَاجَعَهُ وَتَأَمَّلْهُ. وَأَمَّا قَوْلُهُ: حَتَّى لَا يَكُونَ
لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ فَيَرُدُّ عَلَى الْبَاقِينَ مِنْ إِخْوَتِهِ فَيَعْنِي بِهِ أَنَّ مَنْ مَاتَ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ فَنَصِيْبُهُ لِإِخْوَتِهِ
وَهَذَا قَدْ يَدُلُّ لِمَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ أَنَّ مَنْ مَاتَ مِنْ طَبَقَةِ انْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إِلَى الْبَاقِينَ مِنْهَا
بِإِطْلَاقِ الْوَاقِفِ وَقَدْ يُقَالُ: لَا دَلَالَةَ فِيهِ عَلَى ذَلِكَ، لِأَنَّ هَذَا الْوَاقِفَ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ وَوَلَدِ
وَلَدِهِ أَبَدًا بِالتَّشْرِيكِ فَلَوْ تَرَكْنَا هَذَا ضَرْبَكَ بَيْنَ الْبُطُونِ كُلِّهَا لَكُنْتُمْ اسْتَشْنَى مِنْ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ
مَاتَ عَنْ وَلَدٍ فَنَصِيْبُهُ لَوَلَدِهِ فَفَهِمَ مِنْهُ أَنَّ الْوَلَدَ لَا يَسْتَحِقُّ مَعَ وَالِدِهِ فَيَقْبَى مَا عَدَاهُ دَاخِلًا فِي
عُمُومِ أَوَّلِ الْكَلَامِ فَاسْتَحَقَّاقُ الْإِخْوَةِ هَاهُنَا مُتَقَلَّى مِنْ كَلَامِ الْوَاقِفِ وَمِثْلُ هَذَا لَا نَزَاعَ فِيهِ،
وَلَكِنَّا التَّرَاوُعَ فِيمَا إِذَا لَمْ يَدُلَّ كَلَامُ الْوَاقِفِ عَلَيْهِ وَلَا يُقَالُ: قَدْ دَلَّ كَلَامُ الْوَاقِفِ عَلَيْهِ حَيْثُ
جَعَلَهُ بَعْدَ تِلْكَ الطَّبَقَةِ لَطَبَقَةِ أُخْرَى فَلَمْ يَجْعَلْ لِلثَّانِيَةِ فِيهِ حَقًّا فِيهِ مَعَ وَجُودِ الْأُولَى فَدَلَّ عَلَى
أَنَّ الْأُولَى هِيَ الْمُسْتَحَقَّةُ مَا دَامَتْ مَوْجُودَةً، لِأَنَّهُ قَدْ يُجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ نَفْيَ اسْتَحَقَّاقِ الثَّانِيَةِ مَعَ
وُجُودِ الْأُولَى لَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْأُولَى هِيَ الْمُسْتَحَقَّةُ لِجَمِيعِهِ لِحَوَازِ صَرْفِهِ مَصْرَفِ الْمُنْقَطِعِ
إِلَّا أَنَّ هَذَا بَعِيدٌ مِنْ مَقْصُودِ الْوَاقِفِ وَالْأَظْهَرُ مِنْ مَقْصُودِهِ مَا ذَكَرْنَا فَعَلَى هَذَا يَكُونُ عَوْدُهُ
إِلَى بَقِيَّةِ الطَّبَقَةِ مُسْتَفَادًا مِنْ مَعْنَى كَلَامِ الْوَاقِفِ، وَيَشْبَهُ ذَلِكَ مَا لَوْ وَقَفَ عَلَى فُلَانٍ فَإِذَا
انْقَرَضَ أَوْلَادُهُ فَعَلَى الْمَسَاكِينِ فَهَلْ يَكُونُ بَعْدَ مَوْتِ فُلَانٍ لِأَوْلَادِهِ؟ ثُمَّ مِنْ بَعْدِهِمْ عَلَى
الْمَسَاكِينِ أَوْ تُصْرَفُ بَعْدَ مَوْتِ فُلَانٍ مَصْرَفُ الْمُنْقَطِعِ حَتَّى تَنْقَرِضَ أَوْلَادُهُ، ثُمَّ يُصْرَفُ عَلَى
الْمَسَاكِينِ أَوْ تُصْرَفُ بَعْدَ مَوْتِ فُلَانٍ مَصْرَفُ الْمُنْقَطِعِ حَتَّى تَنْقَرِضَ أَوْلَادُهُ، ثُمَّ يُصْرَفُ عَلَى
الْمَسَاكِينِ عَلَى وَجْهَيْنِ مَذْكُورَيْنِ فِي الْكَافِي. وَالْأَوَّلُ قَوْلُ الْقَاضِي وَأَبْنِ عَقِيلٍ، وَلَنَا فِي

السَّالَةِ مَسْلُوكٌ آخَرُ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ الْوَقْفُ تَحْيِيسٌ لِلْمَالِ فِي وَجْهِ الْبِرِّ وَالْمَوْقُوفُ عَلَيْهِمْ هُوَ الْمَصْرُفُ الْمُعَيَّنُ لاسْتِحْقَاقِهِ فَلَا يُمْنَعُ أَنْ يَسْتَحِقَّهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِانْفِرَادِهِ، وَيَقَعُ التَّزَاحُمُ فِيهِ عِنْدَ الْجَمَاعِ بِخِلَافِ التَّمْلِيكَاتِ الْمَحْضَةِ فَإِنَّهُ يَسْتَحِيلُ أَنْ يَمْلِكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُمْلَكِينَ جَمِيعَ مَا وَقَعَ فِيهِ التَّمْلِكُ، وَهَذَا عَلَى قَوْلِنَا أَنَّ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ لَا يَمْلِكُ عَيْنَ الْوَقْفِ أَظْهَرُ، وَيَتَعَلَّقُ بِهَذَا مِنْ مَسَائِلِ التَّوْزِيعِ مَا إِذَا وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ أَبَدًا فَهَلْ يُقَالُ: لَا يَتَقَبَّلُ إِلَى أَحَدٍ مِنْ أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ إِلَّا بَعْدَ انْقِرَاضِ جَمِيعِ أَوْلَادِهِ أَوْ يَتَقَبَّلُ بَعْدَ كُلِّ وَلَدٍ إِلَى وَلَدِهِ؟ الْمَعْرُوفُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ الْأَوَّلِ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ وَمَنْ اتَّبَعَهُمْ.

وَحَكَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَجْهًا آخَرَ بِالثَّانِي وَرَجَّحَهُ فَعَلَى الْأَوَّلِ يَكُونُ مِنْ بَابِ تَوْزِيعِ الْجُمْلَةِ عَلَى الْجُمْلَةِ، وَعَلَى الثَّانِي يَكُونُ مِنْ بَابِ تَوْزِيعِ الْمُفْرَدِ عَلَى الْمُفْرَدِ، وَيَشْهَدُ لِهَذَا مِنْ كَلَامِ أَحْمَدَ مَا رَوَاهُ عَنْهُ يُونُسُ بْنُ أَبِي مُوسَى وَمُحَمَّدُ بْنُ عَمِيدٍ اللَّهُ الْمُنَادِي فِي رَجُلٍ أَوْقَفَ ضَيْعَةً عَلَى أَنْ لِعَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ رُبْعَ غَلَّتِهَا مَا دَامَ حَيًّا وَرُبْعًا مِنْهَا لَوْلَدِ عَبْدِ اللَّهِ وَلَوْلَدِ مُحَمَّدٍ وَلَوْلَدِ أَحْمَدَ بَيْنَهُمْ بِالسُّوِّيَّةِ وَإِنْ مَاتَ عَلِيُّ بْنُ إِسْمَاعِيلَ فَوَزَعُوا هَذَيْنِ الرَّبْعَيْنِ بَيْنَ وَلَدِهِ وَلَوْلَدِ الثَّلَاثَةِ فَفَعَلُوا ذَلِكَ. ثُمَّ إِنْ بَعْضُ وَلَدِ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ مَاتَ وَتَرَكَ وَلَدًا كَيْفَ نَصْنَعُ بِنَصْبِهِ يُدْفَعُ إِلَى وَلَدِهِ أَوْ يُرَدُّ عَلَى شُرَكَائِهِ وَلَمْ يَقُلْ الْمَيِّتُ إِنْ مَاتَ عَلِيُّ بْنُ إِسْمَاعِيلَ دُفِعَ إِلَى وَلَدِهِ وَلَدِهِ إِنَّمَا قَالَ: وَلَدُ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ، قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ: يُدْفَعُ مَا جُعِلَ لَوْلَدِ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ إِلَى وَلَدِهِ فَإِنْ مَاتَ بَعْضُ وَلَدِ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ دُفِعَ إِلَى وَلَدِهِ أَيْضًا، لِأَنَّهُ قَالَ: بَيْنَ وَلَدِ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ وَهَذَا مِنْ وَلَدِ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ فَذَلِكَ هَذَا الْكَلَامُ عَلَى أَصْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ وَلَدَ الْوَلَدِ دَاخِلٌ فِي مُسَمَّى الْوَلَدِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ. وَالثَّانِي: أَنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّهُ وَلَدُ الْوَلَدِ بَعْدَ مَوْتِ أَبِيهِ وَيَخْتَصُّ بِهِ دُونَ طَبَقَةِ أَبِيهِ الْمُشَارِكِينَ لَهُ حَيْثُ ذَكَرَ [أَنَّ] ابْنَ إِسْمَاعِيلَ تُوفِّيَ عَنْ وَلَدِهِ وَأَنَّ بَعْضَ وَلَدِهِ تُوفِّيَ عَنْ وَلَدِهِ وَتَقِلَّ إِلَى هَذَا الْوَلَدِ نَصِيبُ أَبِيهِ مَعَ وُجُودِ الْمُشَارِكِينَ لِلْأَبِ مِنْ إِخْوَتِهِ، وَوَجْهُ هَذَا أَنَّهُ لَمَّا رَتَّبَ بَيْنَ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ وَلَوْلَدِهِ وَلَمْ يَجْعَلْ لَوْلَدِهِ شَيْئًا إِلَّا بَعْدَ مَوْتِهِ فَكَذَلِكَ يَتَّبَعِي أَنْ يَكُونَ التَّرْتِيبُ بَيْنَ وَلَدِهِ وَلَوْلَدِ وَلَدِهِ وَهَذَا خِلَافَ مَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ مِنَ الْوَجْهَيْنِ فِي كَيْفِيَّةِ اسْتِحْقَاقِ وَلَدِ الْوَلَدِ إِذَا قِيلَ بِدُخُولِهِ فِي مُطْلَقِ الْوَلَدِ هَلْ يَسْتَحِقُّ مَعَ الْوَلَدِ مُشْرَكًا أَوْ بَعْدَ انْقِرَاضِ الْوَلَدِ كُلُّهُمْ مُرْتَبًا تَرْتِيبَ طَبَقَةٍ

عَلَى طَبَقَةٍ فَإِنَّ أَحْمَدَ جَعَلَهُ مُرْتَبًا تَرْتِيبَ أَفْرَادٍ بَيْنَ كُلِّ وَلَدٍ وَوَلَدِهِ فَيُؤْخَذُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمْ أَبَدًا أَنْ يَكُونَ مُرْتَبًا بَيْنَ كُلِّ وَالِدٍ وَوَلَدِهِ وَبَيْنَ بَقِيَّةِ طَبَقَتِهِ. وَقَدْ يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الْوَقْفَ هَاهُنَا أَوَّلًا كَانَ بَيْنَ شَخْصٍ وَوَلَدِهِ فَرُوعِي هَذَا التَّرْتِيبُ فِي اسْتِحْقَاقِ وَلَدِهِ وَوَلَدٍ وَلَدِهِ وَلَيْسَ فِي طَبَقَةٍ بَعْدَ طَبَقَةٍ وَلَكِنْ سَنَذْكُرُ مِنْ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي مَسْأَلَةِ التَّنْذِيرِ مَا يَحْسُنُ تَخْرِيجُ هَذَا الْوَجْهَ مِنْهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَمِنْهَا: إِذَا عُلِقَ طَلَاقُ نِسَائِهِ أَوْ عَتَقَ رَقِيقَهُ عَلَى صِفَاتٍ مُتَعَدِّدَةٍ^(١) فَوَجَدَ بَعْضَهَا مِنْ بَعْضِ وَبَاقِيهَا مِنْ بَعْضٍ آخَرَ فَهَلْ يَكْفِي فِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ مَعَ قَطْعِ النَّظَرِ عَنِ الْحِنْثِ بِوُجُودِ بَعْضِ الصِّفَةِ فَإِنَّ لِلْأَصْحَابِ فِي الْاِكْتِفَاءِ بِبَعْضِ الصِّفَةِ فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ طَرِيقًا ثَلَاثَةً:

أَوَّلُهَا: أَنَّهُ يَكْتَفِي بِهَا كَمَا يَكْتَفِي بِذَلِكَ فِي الْحِنْثِ فِي الْيَمِينِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي وَاسْتَنْتَى فِي الْجَامِعِ مِنْ ذَلِكَ أَنْ تَكُونَ الصِّفَةُ مُعَارَضَةً. وَالثَّانِيَةُ: لَا يَكْتَفِي بِهَا وَإِنْ اِكْتَفِيَ بِبَعْضِ الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ فِي الْحِنْثِ، لَأَنَّ هَذَا شَرْطٌ وَمَشْرُوطٌ وَعِلَّةٌ وَمَعْلُولٌ فَلَا يَتَرْتَّبُ الْاِكْتِفَاءُ إِلَّا عَلَى تَمَامِ الْمُؤَثِّرِ وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ عَقِيلٍ وَصَاحِبِ الْمُغْنِيِّ.

وَالثَّالِثَةُ: إِنْ كَانَتِ الصِّفَةُ تَنْتَفِي قِطْعًا أَوْ تَبَعًا أَوْ تَصْدِيقًا أَوْ تَكْذِيبًا فَهِيَ كَالْيَمِينِ وَلَا فِيهَا عِلَّةٌ مُحْضَةٌ فَلَا بَدَّ مِنْ وَجُودِهَا بِكَمَالِهَا وَهِيَ طَرِيقَةُ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ. وَالْقَاضِي يُفْرَعُ عَلَى اخْتِيَارِهِ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ فَقَالَ فِيمَا إِذَا قَالَ لِعَبِيدِهِ: إِذَا أَدَيْتُمْ إِلَيَّ أَلْفًا فَأَنْتُمْ أَحْرَارُ عَتَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِأَدَاءِ حَصَّتِهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ لِعَبِيدِهِ: إِذَا دَخَلْتُمُ الدَّارَ فَأَنْتُمْ أَحْرَارُ عَتَقَ مَنْ دَخَلَ مِنْهُمْ، لَأَنَّ وَجُودَ الصِّفَةِ تَقُومُ مَقَامَ جَمِيعِهَا فَمَتَى آدَى وَاحِدٌ مِنْهُمْ عَتَقَ هَكَذَا ذَكَرَهُ فِي بَابِ الْكِتَابَةِ وَرَدَّهُ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ وَقَالَ: هُوَ عِنْدِي خَطَأٌ يَقِينًا، لَأَنَّ هَذِهِ الصِّفَةَ لَا تَشْمَلُ عَلَى مَنَعَ وَلَا حَثٍّ أَتَتْهُ. وَعِنْدِي أَنَّهُ لَوْ صَحَّ الْاِكْتِفَاءُ بِبَعْضِ الصِّفَةِ هَاهُنَا لَمْ يَصِحَّ مَا قَالَهُ الْقَاضِي وَلَمْ يَتَفَرَّغْ عَلَى الْاِكْتِفَاءِ لِبَعْضِ الصِّفَةِ إِذْ لَوْ كَانَ التَّفْرِيعُ عَلَى ذَلِكَ لَعَتَقُوا كُلُّهُمْ بِأَدَاءِ بَعْضِهِمْ لِبَعْضِ الْأَلْفِ وَيَدْخُولُ بَعْضُهُم الدَّارَ وَهَذَا خِلَافُ قَوْلِ الْقَاضِي، وَإِنَّمَا يَتَوَجَّهُ

(١) كَانَ عُلِقَ طَلَاقُ زَوْجَتِهِ عَلَى ثَلَاثِ صِفَاتٍ فَاجْتَمَعَ فِي عَيْنٍ وَاحِدٍ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: إِنْ رَأَيْتَ رَجُلًا فَأَنْتَ طَالِقٌ، وَإِنْ رَأَيْتَ فُقَيْهَا فَأَنْتَ طَالِقٌ، وَإِنْ رَأَيْتَ رَجُلًا أَسْوَدَ فَأَنْتَ طَالِقٌ، فَرَأَتْ رَجُلًا أَسْوَدَ فُقَيْهَا، طَلَقَتْ ثَلَاثًا، أَشْبَهَ مَا لَوْ رَأَتْ ثَلَاثَةً فِيهِمُ الثَّلَاثُ صِفَاتٍ. الْمُدْعَى (٧/٢٣٩).

مَا قَالَه الْقَاضِي عَلَى أَنْ يَكُونَ مِنْ بَابِ تَوْزِيعِ الْمُفْرَدَاتِ عَلَى الْمُفْرَدَاتِ فَكَأَنَّهُ قَالَ: مَنْ دَخَلَ مِنْكُمْ الدَّارَ فَهُوَ حُرٌّ وَمَنْ أَدَّى إِلَى حِصَّتِهِ مِنَ الْأَلْفِ فَهُوَ حُرٌّ، وَهَذَا لَا تَعْلُقُ لَهُ بِمَسْأَلَةِ الْإِكْتِفَاءِ بَعْضُ الصِّفَةِ وَكَلَامُ أَحْمَدُ يَدُلُّ عَلَى اعْتِبَارِ هَذَا التَّوْزِيعِ فِي مِثْلِ هَذِهِ التَّعْلِيقَاتِ، فَإِنَّهُ نَصَّ فِي رَوَايَةٍ مُهَنَّأٌ فِي عَبْدِ بَيْنَ رَجُلَيْنِ قَالَا لَهُ: إِذَا مِتْنَا فَأَنْتَ حُرٌّ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا عَتَقْتَ حِصَّتَهُ فَقَطُّ فَإِذَا مَاتَ الْآخَرُ عَتَقْتَ حِصَّتَهُ. قَالَ أَبُو بَكْرٍ: لَأَكْتُمَا كَالْمُعْتَقَيْنِ عَلَى انْفِرَادِهِمَا وَهَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى، وَتَعْلِيلُ أَبِي بَكْرٍ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ جَعَلَهُ مِنْ بَابِ تَوْزِيعِ الْمُفْرَدِ عَلَى الْمُفْرَدِ كَأَكْتُمَا قَالَا: إِنْ مَاتَ أَحَدٌ مِنَّا فَتَصِيْبُهُ مِنْكَ حُرٌّ، وَتَأَوَّلَ الْقَاضِي ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْعِتْقَ حَصَلَ بِوُجُودِ بَعْضِ الصِّفَةِ وَرَدَّهُ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ بِأَنَّ الصِّفَةَ إِنَّمَا تَكْفِي بِبَعْضِهَا إِذَا كَانَتْ فِي مَعْنَى الْيَمِينِ يَقْضِي حِصًّا أَوْ مَنَعًا، وَمَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ كَطُلُوعِ الشَّمْسِ وَقُدُومِ زَيْدٍ فَلَا يَكْتَفِي فِيهِ بِالْبَعْضِ، وَنَقَلَ الْإِجْمَاعُ عَلَيْهِ وَهُوَ مُرَدُّودٌ مِنْ وَجْهِ آخَرَ وَهُوَ أَنَّهُ لَوْ أَكْتَفَى بِبَعْضِ الصِّفَةِ لَعِتِقَ الْعَبْدُ كُلَّهُ عَلَيْهَا بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا لَمْ يَكُنْ وَجْهٌ لِعِتْقِ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا. وَإِنَّمَا لَمْ يَسِرْ إِلَى نَصِيبِ صَاحِبِهِ لِأَحَدِ أَمْرَيْنِ إِمَّا لِأَنَّ السَّرَايَةَ تُمْنَعُ بَعْدَ الْمَوْتِ كَمَا هُوَ إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ أَوْ لِأَنَّ التَّدْيِيرَ يَمْنَعُ السَّرَايَةَ وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ. وَخَرَجَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ الْمَسْأَلَةَ عَلَى رَوَايَتَيْنِ مِنْ مَسْأَلَةِ تَعْلِيلِ الْعِتْقِ عَلَى صِفَةٍ بَعْدَ الْمَوْتِ فَإِنَّ فِي صِحَّتِهِ رَوَايَتَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يَصِحُّ هَذَا التَّعْلِيلُ وَلَا يَعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ هَاهُنَا حَتَّى يَمُوتَ الْآخَرُ مِنْهُمَا فَيَعْتَقُ الْعَبْدُ كُلَّهُ حَيْثُ نَزَلَ. وَالْآخَرَةُ: لَا يَصِحُّ هَذَا التَّعْلِيلُ وَلَا يُعْتَقُ بِهِ شَيْءٌ مِنَ الْعَبْدِ هَاهُنَا، لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا عَلِقَ عِتْقُهُ عَلَى مَوْتِهِ وَمَوْتِ شَرِيكِهِ وَلَا يُوجَدُ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِهِ، وَلَكِنْ هَاهُنَا قَدْ يُمْكِنُ اجْتِمَاعُ مَوْتِهِمَا فِي آنٍ وَاحِدٍ فَلَا يَتَوَجَّهُ إِطْطَالُ التَّعْلِيلِ مِنْ أَصْلِهِ بِخِلَافِ قَوْلِهِ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ. وَمِنْ هَذِهِ الْمَسَائِلِ: لَوْ قَالَ لِرَؤُوسَتَيْهِ: إِنْ دَخَلْتُمَا هَاتَيْنِ الدَّارَتَيْنِ أَوْ كَلَّمْتُمَا زَيْدًا وَعَمْرًا فَانْتُمَا طَالِقَتَانِ فَكَلَّمْتُ إِحْدَاهُمَا زَيْدًا وَالْآخَرَى عَمْرًا أَوْ دَخَلْتُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَارًا، وَقُلْنَا: لَا يَكْفِي بِبَعْضِ الصِّفَةِ فَهَلْ تَطْلُقَانِ أَمْ لَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ ذَكَرَهُمَا أَبُو الْخَطَّابِ وَمَنْ بَعْدَهُ مِنَ الْأَصْحَابِ وَجَعَلَ أَبُو الْخَطَّابِ الْمَذْهَبَ الْوُقُوعُ وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْآخَرَى تَخْرِيجًا. وَمَذْهَبُ الْحَنْفِيَّةِ وَالْمَالِكِيَّةِ الْوُقُوعُ وَهُوَ أَحَدُ وَجْهَيْ الشَّافِعِيَّةِ مَعَ قَوْلِهِمْ وَقَوْلُ الْحَنْفِيَّةِ إِنْ بَعْضَ الصِّفَةِ لَا يَكْفِي فِي الْحَنْثِ فَعَلِمَ بِذَلِكَ أَنَّ هَذَا لَيْسَ مُفْرَعًا عَلَى الْإِكْتِفَاءِ بِبَعْضِ الصِّفَةِ. وَتَخَرَّجُ فِي مَسَائِلِ التَّدْيِيرِ السَّابِقَةِ أَنْ تَطْلُقَ هَاهُنَا كُلُّ وَاحِدَةٍ بِدُخُولِ الدَّارِ

عَقِبَ دُخُولَهَا وَلَا يَتَوَقَّفُ طَلَاقُهَا عَلَى دُخُولِ الْأُخْرَى، لِأَنَّ مَعْنَى كَلَامِهِ مَنْ دَخَلْتَ مِنْكُمْ دَارًا مِنْ هَاتَيْنِ الدَّارَيْنِ فَهِيَ طَالِقٌ، وَيَتَخَرَّجُ مِنْ هَذَا الْقَوْلِ هَاهُنَا فِيمَا إِذَا قَالَ لَهُمَا: إِنْ حِضْتُمَا فَاتَّمتَا طَالِقَتَانِ. وَجَهٌ أَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَطْلُقُ بِحِيضِ نَفْسِهَا وَأَنْ لَا يُشْتَرَطُ ثُبُوتُ حِيضِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِمَا بَلْ يَكْفِي ثُبُوتُ حَقِّهَا فِي حِيضِهَا بِإِقْرَارِهَا. وَكَذَلِكَ فِي قَوْلِهِ: إِنْ شِئْتُمَا فَاتَّمتَا طَالِقَتَانِ فَشَاءَتْ إِحْدَاهُمَا، أَوْ إِنْ حَلَفَتْ بِطَلَاقِكُمَا فَاتَّمتَا طَالِقَتَانِ ثُمَّ حَلَفَ بِطَلَاقِ إِحْدَاهُمَا أَنَّهَا تَطْلُقُ. وَمِنْ الْعَجَبِ أَنَّ الْقَاضِي لَمْ يَفْرَحْ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الْمَسَائِلِ عَلَى اخْتِيَارِهِ فِي الْاِكْتِفَاءِ بِوُجُودِ بَعْضِ الصِّفَةِ مُطْلَقًا سَوَاءً اقْتَضَتْ حَقًّا أَوْ مَنَعًا أَوْ كَانَتْ تَعْلِيلًا مَحْضًا، وَمَقْتَضَى قَوْلِهِ أَنْ يُطْلَقَ هَاهُنَا مَعَ بِوُجُودِ حِيضِ إِحْدَاهُمَا، وَمَشِيئَةِ إِحْدَاهُمَا، وَالْحَلْفُ بِطَلَاقِ إِحْدَاهُمَا فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ لِزَوْجَاتِهِ الْأَرْبَعِ: أَوْفَعْتُ بَيْنَكُنَّ أَوْ عَلَيْكُنَّ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ فَهَلْ تَقْسَمُ كُلُّ طَلْفَةٍ عَلَى الْأَرْبَعِ أَرْبَاعًا ثُمَّ يَكْمَلُ فَيَقَعُ بَيْنَ الثَّلَاثِ جَمِيعًا أَوْ يُوزَعُ الثَّلَاثُ عَلَى الْأَرْبَعِ فَيَلْحَقُ كُلُّ وَاحِدَةٍ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعٍ طَلْفَةٍ ثُمَّ تَكْمَلُ فَتَطْلُقُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ طَلْفَةً عَلَى رِوَايَتَيْنِ:

الْأُولَى: اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي: وَالثَّانِيَةُ: اخْتِيَارُ أَبِي الْخَطَّابِ وَصَاحِبِ الْمُغْنِي قَالَ: لِأَنَّ الْقِسْمَةَ بِالْأَجْزَاءِ إِمَّا تَكُونُ فِي الْمُخْتَلِفَاتِ كَالدُّورِ وَنَحْوِهَا فَأَمَّا الْجُمْلُ الْمُتَسَاوِيَةُ مِنْ جِنْسٍ كَالنَّقُودِ فَإِنَّهَا تَقْسَمُ بِرُءُوسِهَا وَيَكْمَلُ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدَةٍ كَأَرْبَعَةٍ لَهُمْ دِرْهَمَانِ صَحِيحَانِ يُقْسَمُ لِكُلِّ وَاحِدٍ نِصْفٌ مِنْ دِرْهِمٍ وَاحِدٍ فَكَذَلِكَ الطَّلَاقَاتُ وَيُمْكِنُ الْأَوَّلَيْنِ الْجَوَابُ عَنْ هَذَا بِأَنَّ هَذِهِ الْقِسْمَةَ لَا تَمْنَعُ الْاِشْتِرَاكَ فِي الْاِسْتِحْقَاقِ مِنْ كُلِّ جُزْءٍ، وَلِهَذَا قِيلَ فِي قِسْمَةِ الْأَمْوَالِ الْمُشْتَرَكَةِ: إِنَّهَا بَيْعٌ وَمَتَى ثَبَتَ اسْتِحْقَاقُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ لِجُزْءٍ مِنْ كُلِّ عَيْنٍ قَبْلَ الْقِسْمَةِ تَوَجَّهَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ هَاهُنَا بِكُلِّ وَاحِدَةٍ كَمَا لَوْ مَاتَ زَوْجُ الْمَرْأَةِ وَخَلَفَ إِخْوَتُهَا أَرْقَاءَ مَعَ عَيْدٍ آخَرٍ فَإِنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهَا مِنْ كُلِّ أَخٍ لَهَا بِنِسْبَةِ نَصِيبِهَا مِنَ الْمِيرَاثِ وَإِنْ كَانَ نَصِيبُهَا لَا يَسْتَوْعِبُ قِيمَةَ الْجَمِيعِ. وَلَوْ قَالَ: أَتُنَّ طَوَالِقُ ثَلَاثًا طَلَّقَ كُلُّهُنَّ ثَلَاثًا نَصًّا عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْقَاضِي فِيهِ خِلَافًا، لِأَنَّهُ أَضَافَ الثَّلَاثَةَ إِلَى الْجَمِيعِ وَفِي الصُّورَتَيْنِ الْأُولَتَيْنِ أَرْسَلَ الثَّلَاثَ بَيْنَهُنَّ أَوْ عَلَيْهِنَّ. وَتَوَجَّهَ تَخْرِيجُ الْخِلَافِ فِيهَا أَيْضًا، لِأَنَّ إِضَافَةَ الثَّلَاثِ إِلَيْهِنَّ لَا يُنَافِي أَنْ يُوزَعَ الثَّلَاثَةُ عَلَى مَجْمُوعِهِنَّ لَا عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ.

وَمِمَّا يَدْخُلُ فِي هَذَا الْبَابِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ الْآيَةُ فَهَلِ الْمُرَادُ تَوْزِيعُ مَجْمُوعِ الصَّدَقَاتِ عَلَى مَجْمُوعِ الْأَصْنَافِ أَوْ كُلُّ فَرْدٍ مِنْ أَفْرَادِ الصَّدَقَاتِ عَلَى

مَجْمُوعِ الْأَصْنَافِ. وَيَنْبِي عَلَى ذَلِكَ مَسْأَلَةٌ وَجُوبِ اسْتِيعَابِ الْأَصْنَافِ بِكُلِّ صَدَقَةٍ وَفِي ذَلِكَ رَوَايَتَانِ أَشْهَرُهُمَا أَنَّهُ غَيْرُ وَاجِبٍ. وَهَلْ يَجِبُ عَلَى الْإِمَامِ إِذَا اجْتَمَعَتْ عِنْدَهُ الصَّدَقَاتُ أَنَّهُ يَعْمُ الْأَصْنَافَ مِنْهَا أَمْ لَا قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ يَجِبُ عَلَى ذَلِكَ التَّوْفِيقُ بِاسْتِيعَابِ الْأَصْنَافِ بِمَجْمُوعِ الصَّدَقَاتِ كَمَا دَلَّتْ عَلَيْهِ الْآيَةُ. وَقَالَ الْقَاضِي: يَسْتَحَبُّ ذَلِكَ وَلَا يَجِبُ، لِأَنَّ حَقَّ بَقِيَّةِ الْأَصْنَافِ يَسْقُطُ بِإِعْطَاءِ الْمَلَائِكِ لَهُمْ وَأَيْضًا فَلَيْسَ فِي الْآيَةِ إِجْبَابُ اسْتِيعَابِ لَصَدَقَاتِ كُلِّ عَامٍ فَيَجُوزُ تَعْوِضُهُمْ فِي كُلِّ عَامٍ آخَرَ، وَمِمَّا يَدْخُلُ فِيهِ أَيْضًا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ الْآيَةُ هَلْ اقْتَضَتْ مُقَابَلَةَ مَجْمُوعِ الْمُظَاهِرِينَ لِمَجْمُوعِ نِسَائِهِمْ وَتَوَازِيَهُ مَعَ كُلِّ مُظَاهِرٍ عَلَى زَوْجَتِهِ أَوْ مُقَابَلَةَ كُلِّ فَرْدٍ مِنَ الْمُظَاهِرِينَ [مَجْمُوعِ] نِسَائِهِ الْمُظَاهِرِ مِنْهُمْ؟ قَرَّرَ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا الثَّانِي وَاسْتَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُظَاهَرَةَ مِنْ جَمِيعِ الزَّوْجَاتِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ لَا يُوجِبُ سِوَى كَفَّارَةٍ وَاحِدَةٍ وَكَذَلِكَ قَالَ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ﴾ إِلَى آخِرِ الْآيَةِ، أَنَّ الْمُرَادَ حُرْمَتُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بَنَاتُهُ وَأَخَوَاتُهُ وَعَمَّاتُهُ وَخَالَاتُهُ.

فَأَمَّا الْأُمَّهَاتُ فَجَعَلَهَا فِي مُقَابَلَةِ الْأَفْرَادِ بِالْأَفْرَادِ قَالَ: لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَتَصَوَّرْ أَنْ يَكُونَ لِلْوَاحِدِ أُمَّانَ عَلِمَ أَنَّهُ أَرَادَ الْوَاحِدَ فِي مُقَابَلَةِ الْوَاحِدِ وَأَمَّا مَا احْتَمَلَ الْجَمْعُ فِي مُقَابَلَةِ الْوَاحِدِ فَإِنَّهُ عَمَلٌ حِيلَةٌ، وَالْأَظْهَرُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ الْكُلَّ مِمَّا قُوِيَ فِيهِ الْوَاحِدُ بِالْوَاحِدِ وَالْجُمْلَةُ بِالْجُمْلَةِ وَأَنَّ الْمَعْنَى حُرْمَتُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ أُمُّهُ وَبَنَتُهُ وَأَخْتُهُ إِذْ لَوْ أُرِيدَ مُقَابَلَةُ الْوَاحِدِ بِالْجَمْعِ لَحَرَّمَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ أُمَّهَاتِ الْجَمِيعِ وَبَنَاتِهِمْ وَهُوَ بَاطِلٌ قَطْعًا.

* * *

القاعدة الرابعة عشر بعد المائة:

إِطْلَاقُ الشَّرَكَةِ هَلْ يَنْزِلُ عَلَى الْمُنَاصَفَةِ أَوْ هُوَ مِنْهُمْ يَفْتَقِرُ إِلَى تَفْسِيرٍ فِيهِ وَجْهَانِ ذَكَرَهُمَا صَاحِبُ التَّلْخِصِ فِي الْبَيْعِ. وَالَّذِي ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ فِي الْإِفْرَارِ أَنَّهُ مِنْهُمْ وَكَذَلِكَ صَرَحَ بِهِ ابْنُ عَقِيلٍ فِي نَظَرِيَّاتِهِ مُخْتَارًا لَهُ. وَقَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ فِي الْبَيْعِ فِي خِلَافِهِ أَيْضًا يَنْزِلُ عَلَى الْمُنَاصَفَةِ وَهَلْ يُقَالُ بِاسْتِحْقَاقِ الشَّرِكِ مِنْ كُلِّ جُزْءٍ أَوْ بِمُرْغِينَانِ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ وَكَلَامُ الْأَصْحَابِ يَدُلُّ عَلَى الْمَزْيَنَةِ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ قَالَ لِمُشْتَرِي سِلْعَةٍ: أَشْرِكْنِي فِي هَذِهِ السِّلْعَةِ فَهَلْ يَصِحُّ وَيَنْزِلُ عَلَى الْمُنَاصَفَةِ أَمْ لَا لِلْجَهَالَةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا فِي التَّلْخِصِ، وَالْمَجْزُومُ بِهِ فِي الْمُحَرَّرِ الصَّحَّةُ تَنْزِيلًا

عَلَى الْمُنَاصَفَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ هَذَا الْعَبْدُ شَرَكَةٌ بَيْنِي وَبَيْنَ فُلَانٍ أَوْ هُوَ شَرِيكِي، وَفِيهِ وَجْهَانِ الْمَجْزُومُ فِي الْإِقْرَارِ الْإِبْهَامُ وَيَرْجِعُ فِي تَفْسِيرِهِ إِلَيْهِ وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ عَقِيلٍ وَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ هُوَ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَوْفَعَ طَلَاقًا ثَلَاثًا بِأَمْرٍ لَهُ ثُمَّ قَالَ لِلْآخَرَى شَرَكْتُكَ مَعَهَا فَإِنْ قُلْنَا: بِالْمُنَاصَفَةِ افْتَضَى وَقُوعَ اثْنَتَيْنِ. وَإِنْ قُلْنَا: الْإِبْهَامُ لَمْ يَقَعْ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدَةٍ، لِأَنَّهَا الْيَقِينُ إِلَّا أَنْ يَفْسَرَهُ بِأَكْثَرِ مِنْ ذَلِكَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقَعَ ثَلَاثًا بِنَاءً عَلَى [أَنَّ] الشَّرَكَةَ تَقْتَضِيهِ اسْتِحْقَاقَ مِنْ كُلِّ جُزْءٍ. وَقَدْ يُقَالُ هَذَا إِمَّا يُمَكِّنُ فِي التَّمْلِيكَاتِ دُونَ طَلَاقٍ فَإِنَّ حَقِيقَةَ الْإِشْتِرَاكِ فِي طَلَاقِ الْأُولَى لَا تُمَكِّنُ فَحُمِلَ عَلَى اسْتِحْقَاقِ نَظِيرِهِ.

أَمَّا لَوْ تَعَدَّدَ الشُّرَكَاءُ فَهَلْ يُقَالُ: يَسْتَحِقُّ الشَّرِيكُ نِصْفَ مَالِهِمْ أَوْ مِثْلَ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي فِي الْبَيْعِ وَبَيْنَ عَلَيْهِمَا لَوْ اشْتَرَى اثْنَانِ شَيْئًا ثُمَّ اشْتَرَا ثَلَاثًا فِيهِ فَهَلْ لَهُ نِصْفُهُ أَوْ ثُلُثُهُ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَخَرَجَ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ وَالشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ فِي الْمُسَوَّدَةِ الْوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا قَالَ لِثَلَاثَةِ نِسْوَةٍ: أَوْفَعْتُ بَيْنَكُنَّ طَلْقَةً ثُمَّ قَالَ لِرَابِعَةٍ: اشْرَكْتُكَ مَعَهُنَّ هَلْ يَقَعُ بِهَا طَلْقَةٌ وَاحِدَةٌ أَوْ طَلْقَتَانِ؟ عَلَى الْوَجْهَيْنِ.

* * *

القاعدة الخامسة عشر بعد المائة:

الْحُقُوقُ الْمُشْتَرَكَةُ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَصَاعِدًا نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: مَا يَقَعُ اسْتِحْقَاقُ كُلِّ وَاحِدٍ بِانْفِرَادِهِ لِجَمِيعِ الْحَقِّ وَتَتَزَاحَمُونَ فِيهِ عِنْدَ الْاجْتِمَاعِ.

وَالثَّانِي: مَا يَسْتَحِقُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْحَقِّ بِحِصَّتِهِ بِخَاصَّةٍ وَلِلْأَوَّلِ أَمْثِلَةٌ كَثِيرَةٌ: مِنْهَا: الشُّعْعَاءُ الْمُجْتَمِعُونَ كُلُّ مِنْهُمْ يَسْتَحِقُّ الشُّعْعَةَ بِكَمَالِهَا فَإِذَا عَفَى أَحَدُهُمْ عَنْ حَقِّهِ تَوَفَّرَ عَلَى الْبَاقِينَ.

وَمِنْهَا: غُرْمَاءُ الْمُفْلِسِ الَّذِي لَا بَقِي مَالُهُ بِدَيْنِ كُلِّ وَاحِدٍ عَلَى انْفِرَادِهِ وَهُمْ كَالشُّعْعَاءِ. وَمِنْهَا: الْأَوْلِيَاءُ الْمُتَسَاوُونَ فِي النِّكَاحِ.

وَمِنْهَا: الْعَصَبَاتُ الْمُجْتَمِعُونَ فِي الْمِيرَاثِ، وَيَتَفَرَّغُ عَلَى ذَلِكَ لَوْ اجْتَمَعَ اثْنَانِ نِصْفُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُرٌّ فَهَلْ يَسْتَحِقُّانِ الْمَالَ كُلَّهُ أَمْ لَا عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يَسْتَحِقَّانِ جَمِيعَ الْمَالِ رَجَحَهُ الْقَاضِي وَالسَّامِرِيُّ وَطَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ، وَلَهُ مَأْخِذَانِ: أَحَدُهُمَا: جَمَعَ الْحُرِّيَّةَ فِيهَا فِيمَلِكُ بِهَا حُرِّيَّةَ ابْنٍ وَهُوَ مَاخِذُ أَبِي الْخَطَّابِ وَغَيْرِهِ. وَالثَّانِي: أَنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَعَ كَمَالِ حُرِّيَّتِهِ فِي جَمِيعِ الْمَالِ لَا فِي نِصْفِهِ وَإِنَّمَا أَخَذَ نِصْفَهُ لِمُزَاحِمَةِ أَخِيهِ لَهُ وَحِينَئِذٍ فَقَدْ أَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ الْمَالِ هُنَا وَهُوَ نِصْفُ حَقِّهِ مَعَ كَمَالِ حُرِّيَّتِهِ فَلَمْ يَأْخُذْ زِيَادَةً عَلَى قَدَرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: لَا يَسْتَحِقَّانِ الْمَالَ كُلَّهُ لِنَلَّا تَسْتَوِي [حَالُ] حُرِّيَّتَهُمَا الْكَامِلَةِ وَالْمُبْعَضَةِ. وَهَلْ يَسْتَحِقَّانِ نِصْفَهُ تَنْزِيلًا لِهَمَّا حَالَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ تَنْزِيلًا لِهَمَّا ثَلَاثَةُ أَحْوَالٍ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ. وَلَوْ كَانَ ابْنُ نِصْفِهِ حُرًّا مَعَ أُمِّ فَعَلَى الْمَأْخِذِ الثَّانِي فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ يَتَوَجَّهُ أَنْ يَأْخُذَ نِصْفَ الْمَالِ كُلَّهُ وَهُوَ أَحَدُ الْوُجُوهِ لِلْأَصْحَابِ وَرَجَحَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَذَكَرَ أَنَّهُ اخْتِيارُ أَبِيهِ، قِيلَ يَأْخُذُ نِصْفَ الْبَاقِي بَعْدَ رُبْعِ الْأُمِّ وَهُوَ اخْتِيارُ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ. وَقِيلَ: يَأْخُذُ نِصْفَ مَا كَانَ يَأْخُذُهُ حَالِ كَمَالِ الْحُرِّيَّةِ وَهُوَ هُنَا رُبْعُ السُّدُسِ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ إِبْرَاهِيمُ الْحَرَبِيُّ فِي كِتَابِ الْفَرَائِضِ وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ، لِأَنَّ الْقَدْرَ الَّذِي حُجِبَتْ عَنْهُ الْأُمُّ يَسْتَحِقُّهُ كُلُّهُ وَإِنَّمَا يَنْتَصِفُ عَلَيْهِ مَا عَدَاهُ.

وَمِنْهَا: ذُو الْفُرُوضِ الْمُجْتَمِعُونَ الْمُزْدَحْمُونَ فِي فَرَضٍ وَاحِدٍ كَالزَّوْجَاتِ ^(١) وَالْجَدَّاتِ، وَيَتَفَرَّغُ عَلَى هَذَا إِذَا اجْتَمَعَتْ جَدَّتَانِ أُمُّ أُمٍّ وَأُمُّ أَبِيٍّ مَعَ ابْنَيْهَا الْأَبِّ وَقُلْنَا: إِنَّهُ يَحْجُبُهَا فَهَلْ تَسْتَحِقُّ الْأُمُّ السُّدُسَ كُلَّهُ أَوْ نِصْفَهُ عَلَى وَجْهَيْنِ، أَصَحُّهُمَا أَنَّهَا تَسْتَحِقُّ السُّدُسَ كُلَّهُ لِزَوَالِ الْمُزَاحِمَةِ مَعَ قِيَامِ اسْتِحْقَاقِ لَجَمِيعِهِ، وَالثَّانِي يَسْتَحِقُّ نِصْفَهُ وَلَهُ مَأْخِذَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ أُمَّ الْأَبِّ تَحْجُبُهَا عَنِ السُّدُسِ إِلَى نِصْفِهِ فَلَا أَثَرَ لِكُونِهَا مُحْجُوبَةً كَمَا يَحْجُبُ وَلَكِنَّ الْأُمَّ الْأُمَّ مَعَ انْحِجَابِهِمْ بِالْأَبِّ وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّ حَجَبَ الْأُمِّ إِنَّمَا هُوَ بِطَرِيقِ الْمُزَاحِمَةِ وَلَا مُزَاحِمَةَ هُنَا. وَحَجَبُ الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ لَيْسَ بِالْمُزَاحِمَةِ فَإِنَّهُمْ لَا يُشَارِكُونَهَا فِي فَرَضِهَا وَإِنَّمَا وَجُودُهُمْ هُوَ مُقْتَضٍ لِتَقْيِصِ فَرَضِهَا.

وَالثَّانِي: أَنَّ أُمَّ الْأَبِّ لَهَا مَعَ أُمِّ الْأُمِّ نِصْفُ السُّدُسِ فَلَمَّا حَجَبَ الْأَبُّ أُمَّهُ تَوَفَّرَ ذَلِكَ عَلَيْهِ لَا عَلَى الْآخَرَى، وَرَدَّ بِأَنَّ وَلَدَ الْأُمِّ يَحْجُبُونَ الْأُمَّ عَنِ السُّدُسِ ثُمَّ لَا يَأْخُذُونَهُ بَلْ يَتَوَفَّرُ عَلَى الْأَبِّ، وَقَدْ يُجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ وَلَدَ الْأُمِّ لَمَّا كَانُوا مُحْجُوبِينَ بِالْأَبِّ تَوَفَّرَ مَا حَجَبُوا عَنْهُ الْأُمَّ عَلَى مَنْ حَجَبَهُمْ وَهُوَ الْأَبُّ كَذَلِكَ هُنَا.

(١) كَانَ مَاتَ عَنْ أَكْثَرِ مِنْ زَوْجَةٍ.

وَمِنْهَا: الْوَصَايَا الْمَزْدَحِمَةُ فِي عَيْنٍ أَوْ مِقْدَارٍ مِنْ مَالٍ، فَإِنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي مَجْمُوعٍ وَصِيَّتِهِ وَإِنَّمَا يَأْخُذُ دُونَ ذَلِكَ لِلْمَزَاحِمَةِ فَإِذَا رُدَّ بَعْضُهُمْ تَوَفَّرَ عَلَى الْبَاقِينَ وَإِنْ أَجَازَ الْوَرِثَةُ بَعْضُ الْوَصَايَا دُونَ بَعْضٍ فَهَلْ يُعْطَى الْمُجَازَ لَهُ الْقَدْرُ الَّذِي كَانَ يَأْخُذُهُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ لِلْكُلِّ أَوْ يَكْمَلُ لَهُ الْجُزْءُ الْمُسَمَّى فِي الْوَصِيَّةِ كُلُّهُ إِنْ أَمُكِنَ لِقِيَامِ اسْتِحْقَاقِهِ لَهُ وَقَدْ أَمُكِنَ وَصُولُهُ إِلَيْهِ بِزَوَالِ الْمَزَاحِمَةِ بِالرَّدِّ عَلَى غَيْرِهِ فِيهِ وَجْهَانِ، صَحَّحَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ الثَّانِي، وَمَنْ رَجَّحَ الْأَوَّلَ قَالَ الْقَدْرُ الْمُزَاحِمُ بِهِ كَانَ حَقًّا لِلْمُزَاحِمِ فَإِذَا رَدَّهُ الْوَرِثَةُ عَلَيْهِ تَوَفَّرَ عَلَيْهِمْ لَا عَلَى الْوَصِيَّةِ الْأُخْرَى وَيَشْهَدُ لِلأَوَّلِ مَا ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ وَأَبْنُ حَامِلٍ وَالْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ فَيَمْنُ وَصَى لِرَجُلٍ بِعَبْدٍ قِيمَتُهُ ثَلَاثُ مَالِهِ وَلَا خَرَّ بِثُلْثِ مَالِهِ. فَإِنْ أَجَازَهُ الْوَرِثَةُ فَلِلْمُوصَى لَهُ بِالْعَبْدِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ لِمَزَاحِمَةِ الْآخِرِ لَهُ فِيهِ وَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ رُبْعُ الْعَبْدِ وَثُلُثُ بَاقِي الْمَالِ وَإِنْ رَدُّوا قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ فَيَأْخُذُ صَاحِبُ وَصِيَّةِ الْعَبْدِ بِقَدْرِ سُدُسِ الْمَالِ كُلِّهِ مِنَ الْعَبْدِ وَيَأْخُذُ الْآخَرُ سُدُسَ الْعَبْدِ وَسُدُسُ بَاقِي الْمَالِ لِزَوَالِ الْمَزَاحِمَةِ بِالرَّدِّ فَأَمُكِنَ وَصُولُ كُلِّ مِنْهُمَا إِلَى نِصْفٍ مَا سَمَى لَهُ كَامِلًا فَلَا يَنْقُصُ مِنْهُ، وَخَرَجَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ وَجْهًا آخَرَ مِنَ الْوَجْهِ الثَّانِي فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا أَنَّهُ يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ مَا كَانَ يَنْتَسِمَانِ وَصِيَّتُهُمَا حَالِ الْإِجَازَةِ فَيَفْضَلُ نَصِيبُ صَاحِبِ الثُّلُثِ عَلَى نَصِيبِ صَاحِبِ الْعَبْدِ وَهُوَ اخْتِيَارُ صَاحِبِ الْمُعْنِي تَسْوِيَةً [بَيْنَهُمَا] فِي الرَّدِّ وَالْإِجَازَةِ، وَفِي تَخْرِيجِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا نَظَرُ، لِأَنَّ الْوَرِثَةَ هُنَاكَ قَدْ يَكُونُ مَقْصُودُهُمْ بِالرَّدِّ عَلَى أَحَدِهِمَا تَوْفِيرَ مَا كَانَ يَأْخُذُهُ بِالْمَزَاحِمَةِ عَلَيْهِمْ كَمَا لَوْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ الْوَصِيَّةِ بِالْكُلِّ وَرَدُّوا عَلَى الْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ فَلَوْ أَعْطَيْنَا صَاحِبَ الْكُلِّ مَا رَدَّوهُ عَلَى صَاحِبِ الثُّلُثِ لَمْ يَبْقَ فِي رَدِّهِمْ فَائِدَةٌ لَهُمْ. وَهَذَا لَا يَخْرُجُ عَنْهُمْ سِوَى الثُّلُثِ فَيَنْبَغِي أَنْ تُقَسَّمَ الْوَصِيَّتَانِ عَلَى قَدَرِهِمَا عَمَلًا بِمُرَادِ الْمُوصِي مِنَ التَّسْوِيَةِ حَيْثُ أَمُكِنَ وَلَا ضَرَرَ عَلَى الْوَرِثَةِ فِي ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: اسْتِحْقَاقُ الْغَانِمِينَ مِنَ الْغَنِيمَةِ مَتَى رَدَّ بَعْضُهُمْ تَوَفَّرَ عَلَى الْبَاقِينَ وَسَوَاءٌ قُلْنَا: مَلِكُوهُ بِالْإِسْتِيلَاءِ أَوْ لَمْ يَمْلِكُوهُ.

وَمِنْهَا: الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِمْ إِذَا رَدَّ بَعْضُهُمْ تَوَفَّرَ عَلَى الْبَاقِينَ كَمَا لَوْ مَاتَ بَعْضُهُمْ وَقَدْ سَبَقَتْ.

وَمِنْهَا: حَدُّ الْقَذْفِ الْمَوْزُوثِ لِجَمَاعَةٍ يَسْتَحِقُّ كُلُّ وَاحِدٍ بِإِنْفِرَادِهِ فَإِذَا أَسْقَطَهُ بَعْضُهُمْ

فَلِلْبَاقِينَ اسْتِيفَاؤُهُ^(١).

وَأَمَّا النَّوعُ الثَّانِي فَلَهُ أَمْثَلَةٌ:

مِنْهَا: عُقُودُ التَّمْلِيكَاتِ الْمُضَافَةِ إِلَى عَدَدٍ فِيمَلِكُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِحَصَّتِهِ لاسْتِحَالَةَ أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَالِكًا لِجَمِيعِ الْعَيْنِ. ثُمَّ هَاهُنَا حَالَتَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ التَّمْلِيكُ بِعَوَضٍ مِثْلُ أَنْ يَبِيعَ مِنْ رَجُلَيْنِ عَبْدًا أَوْ عَبْدَيْنِ بِشَمَنِ فَيَقَعَ الشِّرَاءُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَيُلْزَمُ كُلُّ وَاحِدٍ نِصْفُ الثَّمَنِ وَإِنْ كَانَ لاثْنَيْنِ عَبْدَانِ مُفْرَدَانِ لِكُلِّ وَاحِدٍ عَبْدٌ فَبَاعَهُمَا مِنْ رَجُلَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً لِكُلِّ وَاحِدٍ عَبْدًا مُعَيَّنًا بِشَمَنِ وَاحِدٍ فِي صِحَّةِ الْبَيْعِ وَجَهَانِ أَصْحُهُمَا وَهُوَ الْمَنْصُوصُ الصِّحَّةُ وَعَلَيْهِ فَيَقْتَسِمَانِ الثَّمَنَ عَلَى قَدَرِ قِيَمَتِي الْعَبْدَيْنِ، وَذَكَرَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُمَا يَقْتَسِمَانِهِ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِ الْمَيْسِعِ نِصْفَيْنِ تَخْرِيجًا مِنْ أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ فَيَمْنُ إِذَا تَزَوَّجَ أَرْبَعًا فِي عَقْدٍ بِمَهْرٍ وَاحِدٍ أَوْ خَالَعَهُنَّ بِعَوَضٍ وَاحِدٍ أَنَّهُ يَكُونُ بَيْنَهُنَّ أَرْبَاعًا وَهُوَ هَاهُنَا بَعِيدٌ جِدًّا، لِأَنَّ الْبُضْعَ لَيْسَ بِمَالٍ مُحْضٍ فَكَيْفَ سَوَى بِهِ الْأَمْوَالُ الْمُتَبَعَى بِهَا الْأَرْبَاحُ وَالتَّكْسِبُ وَخَرَجَاهُ أَيْضًا فِي الْكِتَابَةِ وَهُوَ أَقْرَبُ مِنَ الْبَيْعِ إِذِ الْكِتَابَةُ فِيهَا مَعْنَى الْعَتَقِ.

الْحَالَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يَكُونَ بِغَيْرِ عَوَضٍ مِثْلُ أَنْ يَهَبَ لِمَجَاعَةٍ شَيْئًا أَوْ يَمْلِكَهُمْ إِيَّاهُ عَنْ زَكَاةٍ أَوْ كَفَّارَةٍ مُشَاعًا فِي الْكُفَّارَةِ قِيَاسُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ فِي التَّمْلِيكِ بِعَوَضٍ أَنَّهُمْ يَتَسَاوُونَ فِي مِلْكِهِمْ، وَحَكَى صَاحِبُ الْمُعْنِيِّ فِيمَا إِذَا وَضَعَ طَعَامًا فِي الْكُفَّارَةِ بَيْنَ يَدَيِ عَشْرَةِ مَسَاكِينٍ فَقَالَ: هُوَ بَيْنَكُمْ بِالسُّوْيَةِ فَقَبِلُوهُ. ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ:

أَحَدُهَا: وَهُوَ الَّذِي جَزَمَ بِهِ أَوَّلًا أَنَّهُ يُجْزِيهِ، لِأَنَّهُ مَلَكَهُمُ التَّصَرَّفَ فِيهِ وَالِاتِّفَاعَ بِهِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ كَمَا لَوْ دَفَعَ دِينَ غُرْمَائِهِ بَيْنَهُمْ.

وَالثَّانِي: وَحَكَاهُ عَنْ ابْنِ حَامِلٍ يُجْزِيهِ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ بِالتَّسْوِيَةِ، لِأَنَّ قَوْلَهُ: خُذُوهَا عَنْ كَفَّارَتِي يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ، لِأَنَّ ذَلِكَ حُكْمُهَا.

وَالثَّالِثُ: وَافْتِتَاحُ عَنِ الْقَاضِي أَنَّهُ إِنْ عَلِمَ أَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ كُلُّ وَاحِدٍ قَدَرُ حَقِّهِ أَجْزَاءً وَإِلَّا لَمْ يُجْزِهِ هَذَا مَا ذَكَرَهُ. وَأَصْلُ ذَلِكَ مَا قَالَهُ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ إِذَا أَفْرَدَ سِتِّينَ مَدًّا وَقَالَ لِسِتِّينَ

(١) عند الشافعية في ذلك ثلاث أوجه، أصحُّها: يجوز لمن بقى استيفاء جميع الحد لأن الحد يثبت لهم ولكل واحد منهم كولاية التزويج وحق الشفعة، والثاني: يسقط جميع الحد كالقصاص وهو من عفا ويستوفي الباقي لأنه متوزع بخلاف القصاص، فعلى هذا يسقط السوط الذي يقع فيه الشركة. روضة الطالبين (٨/٣٢٦).

مُسْكِينًا: خَذُّوْهَا فَأَخَذُوْهَا، أَوْ قَالَ: كُلُّوْهَا وَلَمْ يَقُلْ بِالسَّوِيَّةِ، أَوْ قَالَ: قَدْ مَلَكَتُمُوهَا بِالسَّوِيَّةِ فَأَخَذُوْهَا. فَقَالَ شَيْخُنَا أَبُو عَبْدِ اللَّهِ بْنُ حَامِدٍ: يَجْزِيهِ، لِأَنَّ قَوْلَهُ: خَذُّوْهَا عَنْ كَفَّارَتِي يَقْتَضِيهِ التَّسْوِيَةُ، لِأَنَّ حُكْمَ الْكَفَّارَةِ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُم بِالسَّوِيَّةِ فَإِنْ عَرَفَ أَنَّهَا وَصَلَتْ إِلَيْهِمْ بِالسَّوِيَّةِ أَجْزَأُهُ وَإِنْ عَلِمَ التَّفَاضُلَ فَمَنْ حَصَلَ مَعَهُ التَّفْضِيلُ فَقَدْ أَخَذَ زِيَادَةً وَمَنْ أَخَذَ أَقْلًا كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يَكْمِلَهُ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ كَيْفَ وَصَلَ إِلَيْهِمْ لَمْ يَجْزِهِ وَعَلَيْهِ اسْتِثْنَاةُهَا، لِأَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ قَدْرَ مَا وَصَلَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِعَيْنِهِ. انْتَهَى.

فَحَكَى الْكُلَّ عَنْ ابْنِ حَامِدٍ وَصَاحِبِ الْمُغْنِيِّ جَعَلَ الْإِجْزَاءَ مُطْلَقًا قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ، وَاعْتِبَارُ الْوُصُولِ قَوْلُ الْقَاضِي وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَكَذَلِكَ اسْتَشْكَلَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ مَا وَقَعَ فِي الْمَجْرَدِ، وَقَالَ: لَعَلَّهُ وَقَعَ غَلَطٌ فِي النُّسْخَةِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ أَيْضًا فَإِنِّي نَقَلْتُ مَا ذَكَرْتُهُ. قَالَ: وَلَعَلَّ مِنْ أَصْلِ الْقَاضِي بِخَطِّهِ. ثُمَّ قَالَ: عِنْدِي أَنَا إِنْ قُلْنَا: مَلَكَوْهَا بِالتَّخْلِيَةِ وَأَنَّهَا قَبْضٌ أَجْزَأُهُ بِكُلِّ حَالٍ. قَالَ: وَلَعَلَّ هَذَا اخْتِيَارُ ابْنِ حَامِدٍ وَهَذَا بَعِيدٌ جِدًّا بَلْ اخْتِيَارُ ابْنِ حَامِدٍ عَكْسُهُ وَإِنَّ الْهَبَةَ وَالصَّدَقَةَ لَا تَمْلِكُ بِدُونِ قَبْضٍ، وَقَدْ قَدَمْنَا ذَلِكَ عَنْهُ فِي مَسَائِلِ الْقَبُوضِ، وَإِنَّ الْقَبْضَ فِي الْمُنْقُولِ بِالنَّقْلِ فَيَتَوَجَّهُ عَلَى هَذَا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَحْقِيقِ قَبْضٍ كُلِّ وَاحِدٍ لِمَقْدَارٍ مَا يُجْزِي دَفْعُهُ إِلَيْهِ، لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ بِدُونِهِ وَلَا عِبْرَةٌ بِالْإِجَابِ لَهُمْ بِالسَّوِيَّةِ وَمَا حَكَاهُ الْقَاضِي عَنْ ابْنِ حَامِدٍ يُشْعِرُ بِأَنَّ إِطْلَاقَ قَوْلِهِ: خَذُّوْهَا هَذَا وَهُوَ لَكُمْ، لَا يُحْمَلُ عَلَى التَّسْوِيَةِ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا عَلَّلَ بِأَنَّ التَّسْوِيَةَ حُكْمُ الْكَفَّارَةِ وَهَذَا مُخَالَفٌ لِمَا قَرَّرُوهُ فِي عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ.

وَأَمَّا مَا حَكَاهُ فِي الْمُغْنِيِّ مِنْ طَرْدِ الْخِلَافِ فِيمَا لَوْ قَالَ: هُوَ بَيْنَكُمْ بِالسَّوِيَّةِ أَوْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: هُوَ بَيْنَكُمْ أَلْبَتَّةَ، فَلَيْسَ ذَلِكَ فِي كَلَامِ الْقَاضِي وَيَتَخَرَّجُ ذَلِكَ عَلَى أَصْلٍ وَهُوَ أَنَّ إِطْلَاقَ الْبَيْنَةِ هَلْ يَقْتَضِيهِ التَّسَاوِيُ أَمْ لَا؟ وَفِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَقْتَضِيهِ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ فِي الْمُضَارَبَةِ إِذَا قَالَ: خُذْ هَذَا الْمَالَ فَانْجِرْ فِيهِ وَالرَّيْحُ بَيْنَنَا، أَنَّهُمَا يَتَسَاوَيَانِ فِيهِ وَصَرَّحَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَالْأَصْحَابُ فِي مَسْأَلَةِ الْمُضَارَبَةِ فِي أَنَّ إِطْلَاقَ الْقَرَارِ بِشَيْءٍ أَنَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ زَيْدٍ يَنْتَزِلُ عَلَى النَّاصِفَةِ أَيْضًا، وَكَذَلِكَ صَرَّحُوا بِهِ فِي الْوَصَايَا إِذَا قَالَ: وَصَّيْتُ لِفُلَانٍ وَفُلَانٍ بِمِائَةِ بَيْنَهُمَا أَنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ خَمْسِينَ. وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ ابْنُ مَنْصُورٍ فِيمَنْ قَالَ: بَيْنَ فُلَانٍ وَفُلَانٍ مِائَةُ دِرْهَمٍ، وَأَحَدُهُمَا مِائَةُ لِحَيٍّ إِلَّا خَمْسُونَ دِرْهَمًا وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ وَفُلَانٍ مِائَةُ دِرْهَمٍ وَأَحَدُهُمَا مِائَةُ وَانْكَرَ قَوْلُ سُفْيَانَ بِالتَّفْرِقَةِ بَيْنَهُمَا، وَهَذَا تَصْرِيحٌ بِأَنَّ إِطْلَاقَ الْوَصِيَّةِ يَنْتَزِلُ عَلَى

التَّسَاوِي كَمَا قَالَ بَيْنَهُمَا.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّ إِطْلَاقَ الْبَيِّنَةِ لَا تَقْتَضِي التَّسَاوِي وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي عُمْدِهِ فِي مَسْأَلَةِ الْإِفْرَارِ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ وَكَذَلِكَ ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الْإِفْرَارِ وَصَاحِبَا الْمُغْنِيِّ وَالْمُحَرَّرِ.

وَمِنْهَا: الْقِصَاصُ الْمُسْتَحَقُّ لِجَمَاعَةٍ بِقَتْلِ مَوْرُوْثِهِمْ يَسْتَحِقُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِالْحِصَّةِ فَمَنْ عَفَى مِنْهُمْ سَقَطَ حَقُّهُ وَسَقَطَ الْبَاقِي، لِأَنَّهُ لَا يَتَّبِعُصُ، وَهَاهُنَا صَوْرٌ مُخْتَلَفٌ فِيهَا هَلْ يَلْحَقُ بِالتَّنَوُّعِ الْأَوَّلِ أَوِ الثَّانِي كَالْغَرَامَاتِ الْوَاجِبَةِ عَلَى جَمَاعَةٍ بِسَبَبِ وَاحِدٍ كَالْمُشْتَرِكِينَ فِي قَتْلِ آدَمِيٍّ أَوْ صَيْدٍ [مُحَرَّمٍ] أَوْ فِي وَطْءٍ فِي الْحَجِّ أَوْ فِي الصِّيَامِ هَلْ يَتَعَدَّدُ عَلَيْهِمُ الدِّيَّاتُ وَالْجَزَاءُ وَالْكَفَّارَةُ؟ وَكَذَلِكَ عَقُودُ التَّوَثُّقَاتِ كَالرَّهْنِ وَالضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُهَا.

* * *

القاعدة السادسة عشر بعد المائة:

مَنْ اسْتَنْدَ تَمَلُّكُهُ إِلَى سَبَبٍ مُسْتَقَرٍّ لَا يُمْكِنُ إِبْطَالُهُ وَتَأَخَّرَ حُصُولُ الْمِلْكِ عَنْهُ فَهَلْ يَنْعَطِفُ إِحْكَامُ مِلْكِهِ إِلَى أَوَّلِ وَقْتِ انْعِقَادِ السَّبَبِ وَيَثْبُتُ إِحْكَامُهُ مِنْ حَيْثُ أَمَّ لَا يَثْبُتُ إِلَّا مِنْ حِينَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ؟ فِيهِ خِلَافٌ وَلِلْمَسْأَلَةِ أَمْثَلَةٌ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: مِلْكُ الشَّقِيعِ إِذَا أَخَذَ بِالشَّقِيعَةِ وَثُمَّ نَخَلَ مُؤَبَّرٌ كَانَ وَقْتُ الْبَيْعِ غَيْرَ مُؤَبَّرٍ وَفِيهِ وَجْهَانِ سَبَقَ ذِكْرُهُمَا.

وَمِنْهَا: مِلْكُ الْمُوصَى لَهُ إِذَا قَبِلَ بَعْدَ الْمَوْتِ فَهَلْ يَثْبُتُ لَهُ الْمِلْكُ مِنْ حِينَ الْمَوْتِ أَمْ لَا؟ وَفِيهِ خِلَافٌ مَعْرُوفٌ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَمَلَّكَ الْمَالِكُ لِلْأَرْضِ زَرَاعَ الْغَاصِبِ بِتَفَقُّتِهِ بَعْدَ بَدْوِ صِلَاحِهِ فَهَلْ يَجِبُ زَكَاتُهُ عَلَيْهِ أَمْ عَلَى الْغَاصِبِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ وَقَدْ سَبَقَ فِي بَيْعِ الثَّمَرِ قَبْلَ بَدْوِ صِلَاحِهَا بِشَرْطِ الْقَطْعِ نَحْوُ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: الْفَسْخُ بِالْعَيْبِ وَالْخِيَارُ فَإِنَّهُ يَسْتَنْدُ إِلَى مُقَارِنٍ لِلْعَقْدِ فَهَلْ هُوَ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ أَوْ مِنْ حِينِهِ وَفِيهِ خِلَافٌ مَعْرُوفٌ.

وَمِنْهَا: دِيَّةُ الْمَقْتُولِ هَلْ تَحْدُثُ عَلَى مِلْكِ الْوَارِثِ، لِأَنَّهَا تَجِبُ [بَعْدَ] الْمَوْتِ أَوْ عَلَى مِلْكِ الْمَوْرُوثِ، لِأَنَّ سَبَبَهَا وَجَدَ فِي حَيَاتِهِ عَلَى رَوَايَتَيْنِ مَعْرُوفَتَيْنِ وَحَكَى ابْنُ الزَّاغُونِي فِي الْإِفْقَاعِ الرُّوَايَتَيْنِ فِي الْقِصَاصِ أَيْضًا هَلْ هُوَ وَاجِبٌ لِلرَّوْثَةِ ابْتِدَاءً أَوْ مَوْرُوثٌ عَنِ الْمَيِّتِ.

وَمِنْهَا: إِذَا انْعَقَدَ سَبَبُ الْمَلِكِ أَوْ الضَّمَّانِ فِي الْحَيَاةِ وَتَحَقَّقَ بَعْدَ الْمَوْتِ كَمَنْ نَصَبَ شَبَكَةً فَوَقَعَ فِيهَا صَيْدٌ بَعْدَ [مَوْتِهِ] أَوْ عَثَرَ بِهَا إِنْسَانٌ فِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ ذِكْرُهُ.

وَمِنْهَا: [إِذَا كَاتَبَ عَبْدًا ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُودَّ إِلَيْهِ شَيْئًا فَأَدَّى إِلَى وَرَثَتِهِ وَعَتَقَ فَهَلِ الْوَلَاءُ لِلْسَيِّدِ الَّذِي كَاتَبَهُ لَانْعِقَادِ سَبَبِهِ فِي مِلْكِهِ أَوْ لِلْوَرَثَةِ الْمُؤَدَّى إِلَيْهِمْ لِتَحَقُّقِ السَّبَبِ فِي مِلْكِهِمْ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ وَالْمَذْهَبُ أَنَّ الْوَلَاءَ لِلْسَيِّدِ الْأَوَّلِ].

وَمِنْهَا: إِذَا كَاتَبَ الْمُكَاتَبُ عَبْدًا فَأَدَّى إِلَيْهِ وَعَتَقَ قَبْلَ آدَائِهِ أَوْ أَعْتَقَهُ بِمَالٍ وَقُلْنَا: لَهُ ذَلِكَ فِيهِ وَلَا يَتَّهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لِلْسَيِّدِ الْأَوَّلِ وَهُوَ مُحْكِيٌّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ لِثُبُوتِ الْوَلَاءِ عَلَى هَذَا الْعِتْقِ فِي حَالِ لَيْسَ مَوْلَاهُ مِنْ أَهْلِ الْمِيرَاثِ فَاسْتَقَرَّ لِمَوْلَى الْمَوْلَى.

وَالثَّانِي: هُوَ مَوْقُوفٌ فَإِنْ آدَى الْمُكَاتَبُ الْأَوَّلُ وَعَتَقَ فَالْوَلَاءُ لَهُ لَانْعِقَادِهِ لَهُ قَبْلَ عِتْقِهِ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَرَجَّحَ فِي الْخِلَافِ قَوْلَ أَبِي بَكْرٍ حَتَّى حَكَى عَنْهُ أَنَّهُ لَوْ عَتَقَ الْمُكَاتَبُ الْأَوَّلُ قَبْلَ الثَّانِي فَالْوَلَاءُ لِلْسَيِّدِ لَانْعِقَادِ سَبَبِ الْوَلَاءِ لَهُ حَيْثُ كَانَ الْمُكَاتَبُ لَيْسَ أَهْلًا لَهُ، وَكَلَامُ أَبِي بَكْرٍ إِنَّمَا يَدُلُّ عَلَى اسْتِقْرَارِ الْوَلَاءِ لِلْسَيِّدِ إِذَا وَقَعَتِ الْكِتَابَةُ أَوْ الْعِتْقُ الْمُنْجَزُ بِإِذْنِهِ وَأَمَّا مَا وَقَعَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَالْعِتْقُ عِنْدَهُ مَوْقُوفٌ عَلَى آدَاءِ الْمُكَاتَبِ الْأَوَّلِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُ كَوَلَاءِ ذَوِي رَحِمِهِ وَالَّذِينَ اشْتَرَاهُمْ فِي حَالِ الْكِتَابَةِ وَأَمَّا الْعَبْدُ الْقِنْ إِذَا أُعْتِقَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ مِمَّا مَلَكَهُ، وَقُلْنَا: بِمِلْكِهِ فَحَكَى صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ عَنْ طَلْحَةَ الْعَاقُولِيِّ مِنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ مَوْقُوفٌ فَإِنْ عَتَقَ فَالْوَلَاءُ لَهُ، وَإِنْ مَاتَ قِنًا فَهُوَ لِلْسَيِّدِ.

وَفِي الْمُجَرَّدِ لِلْقَاضِي أَنَّ الْوَلَاءَ لِلْسَيِّدِ مُطْلَقًا، وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ فِي عَبْدٍ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ أَنْ يَتَّاعَ عَبْدًا أَوْ يَعْتِقَهُ أَنْ وَلَاَهُ لِسَيِّدِهِ، وَقَالَ: إِذَا أَذْنُوا لَهُ فَكَالَهُمْ هُمْ الْمُعْتَقُونَ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى الْفَرْقِ بَيْنَ عِتْقِ الْمُكَاتَبِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ وَعِتْقِهِ بِدُونِهِ كَمَا سَبَقَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُخْرَجًا عَلَى قَوْلِهِ إِنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ وَأَنَّهُ أَعْتَقَهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ بِطَرِيقِ الْوَكَالَةِ ثُمَّ لَيْسَ فِي نَصِّهِ أَنَّ الْعَبْدَ عَتَقَ بَعْدَ ذَلِكَ وَإِنَّمَا فِيهِ أَنَّ سَيِّدَهُ بَاعَهُ.

وَيُشَبِّهُ هَذِهِ الْمَسَائِلَ إِذَا أَسْلَمَ الْكَافِرُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ وَاخْتَارَ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا انْفَسَخَ نِكَاحُ الْبَوَاقِي وَهَلْ يَتَبَدَّلُنَّ الْعِدَّةُ مِنْ حِينِ الْإِخْتِيَارِ، لِأَنَّ نِكَاحَهُنَّ إِنَّمَا انْفَسَخَ بِهِ أَوْ مِنْ حِينِ الْإِسْلَامِ، لِأَنَّهُ السَّبَبُ عَلَى وَجْهَيْنِ.

فَأَمَّا تَصَرُّفُ الْقُضُولِيِّ إِذَا قُلْنَا: يَقِفُ عَلَى الْإِجَازَةِ فَاجَازَهُ مِنْ عَقْدٍ لَهُ فَهَلْ يَقَعُ الْمِلْكُ فِيهِ

مِنْ حِينَ الْعَقْدِ حَتَّى يَكُونَ النَّمَاءُ لَهُ أَمْ مِنْ حِينَ الْإِجَازَةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:
أَحَدُهُمَا: مِنْ حِينَ الْعَقْدِ وَبِهِ قَطَعَ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ وَصَاحِبُ الْمُعْنِي فِي مَسْأَلَةِ نِكَاحِ
الْفُضُولِيِّ.

وَالثَّانِي: مِنْ حِينَ الْإِجَازَةِ وَبِهِ جَزَمَ صَاحِبُ النَّهَايَةِ وَلَكِنَّ السَّبَبَ هُنَا غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ لِلِمَكَانِ
زَوَالِهِ بِالرَّدِّ وَيَشْهَدُ لِلْوَجْهِ الثَّانِي أَنَّ الْقَاضِي صَرَّحَ بِأَنَّ حُكْمَ الْحَاكِمِ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ إِنَّمَا يَفِيدُ
صِحَّةَ الْمُحْكُومِ بِهِ وَأَنْعَقَادَهُ مِنْ حِينَ الْحُكْمِ وَقَبْلَ الْحُكْمِ كَانَ بَاطِلًا. وَلَيَلْتَحِقُ بِهِذِهِ الْقَاعِدَةُ
الْعِبَادَاتُ الَّتِي يَكْتَفِي بِحُصُولِ بَعْضِ شَرَائِطِهَا فِي أَثْنَاءِ وَقْتِهَا إِذَا وَجِدَ الشَّرْطُ فِي أَثْنَائِهَا فَهَلْ
يُحْكَمُ لَهَا بِحُكْمِ مَا اجْتَمَعَتْ شَرَائِطُهَا مِنْ ابْتِدَائِهَا أَمْ لَا؟ فِيهِ خِلَافٌ أَيْضًا وَيَنْبِئُ عَلَيْهِ
مَسَائِلُ:

مِنْهَا: إِذَا نَوَى الصَّائِمُ الْمُتَطَوُّعُ الصَّوْمَ مِنْ أَثْنَاءِ النَّهَارِ فَهَلْ يُحْكَمُ لَهُ بِحُكْمِ الصَّيَامِ مِنْ
أَوَّلِهِ أَمْ حِينَ نَوَاهُ فَلَا يَثَابُ عَلَى صَوْمِهِ إِلَّا مِنْ حِينَ النِّيَّةِ عَلَى وَجْهَيْنِ. وَالثَّانِي: ظَاهِرُ كَلَامِ
أَحْمَدَ.

وَمِنْهَا: إِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ ^(١) أَوْ عَتَقَ الْعَبْدُ وَهُمَا مُحْرَمَانِ قَبْلَ فَوَاتِ وَقْتِ الْوُقُوفِ فَهَلْ
يُجْزئُهُمَا عَنْ حُجَّةِ الْإِسْلَامِ عَلَى رَوَايَتَيْنِ أَشْهَرُهُمَا الْإِجْزَاءُ فَقِيلَ: لِأَنَّ إِحْرَامَهُمَا انْعَقَدَ
مُرَاعَى، لِأَنَّهُ قَابِلٌ لِلنَّقْلِ وَالْإِنْقِلَابِ، وَقِيلَ: بَلْ يَقْدَرُ مَا مَضَى مِنْهُ كَالْمَعْدُومِ وَيَكْتَفِي
بِالْمَوْجُودِ مِنْهُ، وَقِيلَ: إِنْ قُلْنَا: الْإِحْرَامُ شَرْطٌ مَحْضٌ كَالطَّهَارَةِ لِلصَّلَاةِ اكْتَفَى بِالْمَوْجُودِ مِنْهُ
وَإِنْ قِيلَ: هُوَ رُكْنٌ لَمْ يَكْتَفِ بِهِ.

* * *

القاعدة السابعة عشر بعد المائة:

كُلُّ عَقْدٍ مُعَلَّقٍ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ حَالَيْنِ إِذَا وَجِدَ تَعْلِيلُهُ فِي أَحَدِهِمَا وَوُقُوعُهُ فِي الْآخَرِ
فَهَلْ يَغْلِبُ عَلَيْهِ جَانِبُ التَّعْلِيلِ أَوْ جَانِبُ الْوُقُوعِ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَانِ: إِلَّا أَنْ يَقْتَضِيَ اعْتِبَارُ
أَحَدِهِمَا إِلَى مَا هُوَ مُمْتَنِعٌ شَرْعًا فَيُلْغِي وَيَتَفَرَّغُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الْوَصِيَّةُ لِمَنْ هُوَ فِي الظَّاهِرِ وَارِثٌ فَيَصِيرُ عِنْدَ الْمَوْتِ غَيْرَ وَارِثٍ أَوْ بِالْعَكْسِ

(١) إِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ بَعْدَمَا أَحْرَمَ لَمْ يَجْزِهِ حُجَّةُ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ إِجْرَامَهُ انْعَقَدَ لِادَاءِ النِّفْلِ فَلَا يَنْقَلِبُ
لِادَاءِ الْفَرْضِ فَلَوْ جَدَّدَ الصَّبِيُّ الْإِحْرَامَ قَبْلَ الْوُقُوفِ وَنَوَى حُجَّةَ الْإِسْلَامِ جَازَ. الْهُدَايَةُ شَرْحُ الْبِدَايَةِ (١/١٣٦).
الْجَامِعُ الصَّغِيرُ (١/١٤٥).

وَالْمَذْهَبُ أَنَّ الْاِعْتِبَارَ بِحَالِ الْمَوْتِ وَلَمْ يَحْكِ الْأَكْثَرُونَ فِيهِ خِلَافًا فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْوَرَثَةِ لَا يُمَكِّنُ أَنْ تُلْزَمَ وَالْوَصِيَّةُ لِلْأَجْنَبِيِّ بِالثُلُثِ فَمَا دُونَ لَا يُمَكِّنُ أَنْ تَقِفَ عَلَى الْإِجَازَةِ وَمِنْهُمْ مَنْ حَكَى خِلَافًا ضَعِيفًا فِي الْاِعْتِبَارِ بِحَالِ الْوَصِيَّةِ كَمَا حَكَى أَبُو بَكْرٍ وَأَبُو الْخَطَّابِ رَوَايَةً أَنَّ الْوَصِيَّةَ فِي حَالِ الصَّحَّةِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَلَا يَصِحُّ عَنْ أَحْمَدَ وَإِنَّمَا أَرَادَ بِهِ الْعَطِيَّةُ الْمُنْجِزَةُ كَذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا عَلَّقَ عَتَقَ عَبْدُهُ فِي صِحَّتِهِ بِشَرْطِ فَوْجَدَ فِي مَرَضِهِ فَهَلْ يُعْتَقُ مِنَ الثُّلُثِ أَوْ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَحَكَى الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ رَوَايَتَيْنِ وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ وَأَبْنُ أَبِي مُوسَى أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنَ الثُّلُثِ وَهَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ الصِّفَةُ وَاقِعَةً بِاخْتِيَارِ الْمُعْلَقِ فَإِنْ كَانَتْ مِنْ فِعْلِهِ فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ بِغَيْرِ خِلَافٍ وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ صَالِحَةٍ أَنَّهُ إِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ: أَنْتِ كَذَا وَكَذَا، وَإِنْ لَمْ أَخْرُجْ إِلَى الْبَصْرَةِ، وَقَالَ: لَمْ تَكُنْ لِي نِيَّةً فِي تَعْجِيلِ ذَلِكَ فَلَا تَطْلُقِي حَتَّى يَكُونَ فِي وَقْتٍ لَا يَقْدِرُ أَنْ يَخْرُجَ فِيهِ. وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: غَلَامُهُ حُرٌّ إِنْ لَمْ يَفْعَلْ كَذَا وَكَذَا فَلَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَلَا يُعْتَقُ حَتَّى يَكُونَ فِي وَقْتٍ لَا يَقْدِرُ أَنْ يَفْعَلَ الَّذِي قَالَ، فَإِذَا طَلَّقَتْ وَرَثَتُهُ وَاعْتَدَتْ وَإِذَا عَتَقَ كَانَ مِنْ ثُلَاثِهِ وَهَكَذَا حُكْمُ مَا إِذَا أَعْتَقَ حَمْلَ أَمَتِهِ فِي صِحَّتِهِ ثُمَّ وَضَعَتْهُ فِي مَرَضِهِ وَقُلْنَا: لَا يُعْتَقُ الْحَمْلُ إِلَّا بَعْدَ الْوَضْعِ.

وَمِنْهَا: إِذَا عَلَّقَ طَلَّاقَ امْرَأَتِهِ فِي صِحَّةٍ عَلَى صِفَةٍ فَوُجِدَتْ فِي مَرَضِهِ وَلَمْ يَكُنْ مِنْ فِعْلِهِ فَهَلْ تَرْتُهُ أَمْ لَا؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ وَالْمَنْصُوصُ أَنَّهَا تَرْتُهُ فِي رَوَايَةٍ صَالِحَةٍ وَمَهْنًا وَالْأُخْرَى مُخْرَجَةٌ مِنْ مَسْأَلَةٍ قَذَفَهَا فِي الصَّحَّةِ وَمَلَأَعْتَهَا فِي الْمَرَضِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَوْصَى إِلَى فَاسِقٍ وَصَارَ عَدْلًا عِنْدَ الْمَوْتِ فَهَلْ يَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِنَاءً عَلَى قَوْلِنَا لَا يَصِحُّ الْإِبْصَاءُ إِلَى الْفَاسِقِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لَزَيْدٍ بِدَارٍ ثُمَّ انْهَدَمَ بَعْضُ بِنَائِهَا قَبْلَ الْمَوْتِ فَهَلْ يَدْخُلُ مِلْكُ الْأَنْقَاضِ فِي الْوَصِيَّةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ. وَكَذَا الْوَجْهَانِ لَوْ زَادَ فِيهَا بِنَاءً لَمْ يَكُنْ حَالُ الْوَصِيَّةِ ذَكَرَ ذَلِكَ أَبُو الْخَطَّابِ.

مِنْهَا: لَوْ قَالَ الْعَبْدُ مَتَى مَلَكَتْ عَبْدًا فَهُوَ حُرٌّ. وَقُلْنَا: يَصِحُّ هَذَا التَّعْلِيلُ مِنَ الْحُرِّ كَمَا هُوَ الْمَشْهُورُ مِنَ الْمَذْهَبِ ثُمَّ عَتَقَ ثُمَّ مَلَكَ عَبْدًا فَهَلْ يُعْتَقُ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَلَوْ وَصَّى الْمَكَاتِبُ بِشَيْءٍ ثُمَّ عَتَقَ قَبْلَ مَوْتِهِ فَهَلْ يَصِحُّ وَصِيَّتُهُ خَرَجَهَا الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ الْعَبْدُ لِرَوْجَتِهِ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ثُمَّ عَتَقَ ثُمَّ دَخَلْتَ الدَّارَ فَهَلْ تَطْلُقُ ثَلَاثًا أَوْ اثْنَيْنِ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ مَالِكًا حَالِ التَّعْلِيقِ لَأَكْثَرُ مِنْهَا؟ عَلَى وَجْهِينِ.

وَمِنْهَا: لَوْ عَلَّقَ طَلَاقَ امْرَأَتِهِ قَبْلَ الدُّخُولِ عَلَى قُدُومِ زَيْدٍ مَثَلًا ثُمَّ دَخَلَ بِهَا ثُمَّ قَدِمَ زَيْدٌ وَهِيَ حَائِضٌ، فَإِنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ بِدُعَايَا لَا بِمَعْنَى الْإِثْمِ بِهِ، بَلْ بِمَعْنَى أَمْرِهِ بِالْمُرَاجَعَةِ فِيهِ وَلَوْ كَانَ قَدْ عَلَّقَ طَلَاقًا أَوْ غَيْرَهُ عَلَى طَلَاقِ الْبِدْعَةِ تَرَكَّبَ عَلَيْهِ وَلَمْ يَحْكِ الْأَصْحَابُ فِيهِ خِلَافًا.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ قُمْتُ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَقَامَتْ وَهِيَ حَائِضٌ فَهَلْ يَكُونُ بِدْعِيًّا قَالَ فِي رِعَايَةِ الْإِنْتِصَارِ: مُبَاحٌ، وَفِي التَّرْغِيبِ: بِدْعِيٌّ.

* * *

القاعدة الثامنة عشر بعد المائة:

تَعْلِيقُ فسخِ الْعَقْدِ وَإِبْطَالِهِ لَوْجُودِهِ إِنْ كَانَ فِيهِ مَقْصُودٌ مُعْتَبَرٌ شَرْعًا صَحَّ وَإِلَّا لَمْ يَصَحَّ إِذْ لَوْ صَحَّ لَصَارَ الْعَقْدُ غَيْرَ مَقْصُودٍ فِي نَفْسِهِ هَذَا مُقْتَضَى قَوَاعِدِ الْمَذْهَبِ، وَيَخْرُجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: إِذَا عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِالنِّكَاحِ فَالْمَذْهَبُ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَصَحُّ، لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَقْصَدُ لِلطَّلَاقِ عَقِيبَ الْعَقْدِ. وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عَنْهُ فِيمَنْ حَلَفَ لِرَوْجَتِهِ أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا بِتَعْلِيقِ طَلَاقٍ مَنْ يَتَزَوَّجُهَا عَلَيْهِ بِنِكَاحِهَا هَلْ يَصَحُّ أَمْ لَا؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ، لِأَنَّ هَذَا فِيهِ حَقٌّ لِلزَّوْجَةِ فَيَصِيرُ مَقْصُودًا كَمَا لَوْ شَرَطَ أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ خَصَّ الْخِلَافَ بِهَذِهِ الصُّورَةِ وَلَمْ يُخْرَجْ وَمِنْهُمْ مَنْ خَرَجَ فِي الْكُلِّ رَوَايَتَيْنِ. هَذَا كُلُّهُ إِذَا لَمْ تَكُنْ حَالَةُ التَّعْلِيقِ فِي نِكَاحِهِ فَإِنْ كَانَتْ فِي نِكَاحِهِ حَيْثُ وَلَعَلَّ طَلَاقَهَا عَلَى نِكَاحٍ آخَرَ يُوجَدُ فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ ابْنُ مَنْصُورٍ وَغَيْرُهُ عَلَى أَنَّهُ يَصَحُّ هَذَا التَّعْلِيقُ وَافْتِتَاحُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَرَجَحَهُ ابْنُ عَقِيلٍ، لِأَنَّ التَّعْلِيقَ هُنَا فِي نِكَاحٍ وَمِنْ أَصْلَانَا أَنَّ صِفَةَ الْمُطَلَّقةِ تَتَنَوَّلُ جَمِيعَ الْأَنْكِحَةِ بِإِطْلَاقِهَا وَتَعُودُ الصِّفَةُ فِيهَا فَكَيْفَ إِذَا قُبِلَتْ بِنِكَاحٍ مُعَيَّنٍ وَلَوْ عَلَّقَهُ فِي مِلْكٍ يَمِينِهِ لِأَمْتِهِ عَلَى نِكَاحِهَا بَعْدَ عَتَقِهَا فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ هَانِئٍ عَلَى أَنَّهُ يَصَحُّ مُعْلَلًا بِأَنَّ مِلْكَ الْيَمِينِ كَالنِّكَاحِ فِي اسْتِبَاحَتِهِ الْوَطْءَ فَلَا يَكُونُ التَّعْلِيقُ كَتَعْلِيقِ نِكَاحِ الْأَجْنَبِيَّةِ وَكَذَلِكَ نَصَّ فِيمَنْ أَعْتَقَ أَمَتَهُ ثُمَّ قَالَ لَهَا مُتَّصِلًا بِعَتَقِهَا: إِنْ نَكَحْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ أَنَّهُ يَصَحُّ، لِأَنَّهُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ يَمْلِكُ عَقْدَ النِّكَاحِ عَلَيْهَا فَهَرَأَ فَلَمْ يَنْقَطِعْ أَثَارُ الْمِلْكِ فِيهِ بِالْكَلْبَةِ فَلِذَلِكَ انْعَقَدَتْ فِيهِ الصِّفَةُ.

وَمِنْهَا: تَعْلِيْقُ الْعِتْقِ بِالْمِلْكِ وَالْمَذْهَبُ الْمَنْصُوصُ صِحَّتُهُ، لِأَنَّ الْمِلْكَ يُرَادُ لِلْعِتْقِ وَيَكُونُ مَقْصُودًا كَمَا فِي شِرَاءِ ذِي الرَّحْمِ وَغَيْرِهِ وَالْخِلَافُ وَصَاحِبُهُ لَا يَثْبِتَانِ فِي الْمَذْهَبِ فِي ذَلِكَ خِلَافًا وَابْنُ حَامِدٍ وَالْقَاضِي يَحْكِيَانِ فِي ذَلِكَ رَوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: تَعْلِيْقُ التَّنْذِرِ بِالْمِلْكِ مِثْلُ: إِنْ رَزَقَنِي اللَّهُ مَا لَا فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِهِ أَوْ بِشَيْءٍ مِنْهُ. فَيَصِحُّ وَتَقِلُّ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ عَلَيْهِ بِالْإِثْقَاقِ وَقَدْ دَلَّ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَمِنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللَّهُ لَئِنْ آتَانَا مِنْ فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ﴾ الْآيَاتِ.

وَمِنْهَا: تَعْلِيْقُ فُسْخِ الْوَكَالَةِ عَلَى وُجُودِهَا أَوْ تَعْلِيْقُ الْوَكَالَةِ عَلَى فُسْخِهَا كَالْوَكَالَةِ الدَّوْرِيَّةِ، وَقَدْ ذَكَرَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ أَنَّ قِيَاسَ الْمَذْهَبِ صِحَّةُ ذَلِكَ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْوَكَالَةَ قَابِلَةٌ لِلتَّلْعِيْقِ عِنْدَنَا وَكَذَلِكَ فُسْخُهَا، وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: لَا يَصِحُّ، لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى أَنْ تَصِيرَ الْعُقُودُ الْجَائِزَةُ لِأَزْمَةٍ وَذَلِكَ تَغْيِيرٌ لِقَاعِدَةِ الشَّرْعِ وَلَيْسَ مَقْصُودُ الْمُعْلَقِ إِبْقَاقُ الْفُسْخِ وَإِنَّمَا قَصْدُهُ الْامْتِنَاعُ مِنَ التَّوَكُّلِ وَحِلُّهُ قَبْلَ وَقُوعِهِ وَالْعُقُودُ لَا تَنْفَسَخُ قَبْلَ انْعِقَادِهَا.

وَمِنْهَا: تَعْلَقُ فُسْخُ الْبَيْعِ بِالْإِقَالَةِ عَلَى وُجُودِ الْبَيْعِ أَوْ تَعْلِيْقُ فُسْخِ النِّكَاحِ بِالْعَيْبِ عَلَى وُجُودِ النِّكَاحِ وَقَدْ صَرَّحَ الْأَصْحَابُ بِبُطْلَانِ ذَلِكَ مِنْهُمْ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَأَبُو الْخَطَّابِ مُعَلِّينَ بَأَنَّهُ وَقَعَ الْعَقْدُ قَبْلَ عَقْدِهِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَعْلَلُ بِأَنَّ الْفُسُوحَ لَا تَقْبَلُ التَّلْعِيْقَ وَقَدْ صَرَّحَ كَثِيرٌ مِنْهُمْ كَالْقَاضِي وَأَبِي الْخَطَّابِ وَابْنِ عَقِيلٍ وَصَاحِبِ الْمُغْنِيِّ بِهَذَا الْمَأْخَذِ وَهُوَ مُخَالَفٌ لِمَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي مَسْأَلَةٍ: إِنْ جِئْتَنِي بِالْثَمَنِ إِلَى كَذَا وَكَذَا وَإِلَّا فَلَا بَيْعَ بَيْنَنَا. أَنَّهُ يَصِحُّ وَيَكُونُ تَعْلَقًا لِلْفُسْخِ عَلَى شَرْطٍ وَقَدْ صَرَّحَ الْقَاضِي فِي جَوَازِهِ فِي الْبَيْعِ خَاصَّةً فِي خِلَافِهِ وَمِنَ الْمُتَأَخِّرِينَ مَنْ صَرَّحَ بِهِ فِي فُسْخِ الْإِجَارَةِ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: تَعْلِيْقُ فُسْخِ التَّنْذِيرِ بِوُجُودِهِ، وَصَرَّحَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ بِامْتِنَاعِهِ، فِيمَا إِذَا قَالَ لِأَمْتِهِ الْمُدَبَّرَةِ: كُلَّمَا وَلَدْتَ وَلَدًا فَقَدْ رَجَعْتُ فِي تَنْذِيرِهِ، فَقَالَ: لَا يَكُونُ رُجُوعًا، لِأَنَّ الرُّجُوعَ إِذَا يَصِحُّ فِي تَنْذِيرِ مَوْجُودٍ هَذَا بَعْدَ مَا خَلَقَ فَكَيْفَ يَكُونُ رُجُوعًا كَمَا لَوْ قَالَ: لِعَبْدِهِ مَتَى دَبَّرْتُكَ فَقَدْ رَجَعْتُ. لَمْ يَصَحَّ. هَذَا لَفْظُهُ.

* * *

القاعدة التاسعة عشر بعد المائة:

إِذَا وَجَدْنَا لَفْظًا عَامًّا قَدْ خُصَّ بَعْضُ أَفْرَادِهِ بِحُكْمٍ مُوَافِقٍ لِلأَوَّلِ أَوْ مُخَالَفٍ لَهُ فَهَلْ يَقْضِي بِخُرُوجِ الْخَاصِّ مِنَ الْعَامِّ وَأَنْفِرَادُهُ بِحُكْمِهِ الْمُخْتَصِّ بِهِ أَوْ يَقْضِي بِدُخُولِهِ فِيهِ

فَيَتَعَارَضَانِ مَعَ اخْتِلَافِ الْحُكْمِ وَيَتَعَدَّدُ سَبَبُ الاسْتِحْقَاقِ مَعَ إِيقَافِهِ هَذَا عَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ الْخَاصُّ وَالْعَامُّ فِي كَلَامٍ وَاحِدٍ مُتَّصِلٍ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُفْرَدُ الْخَاصُّ بِحُكْمِهِ وَلَا يَقْضِي بِدُخُولِهِ فِي الْعَامِّ وَسَوَاءٌ إِنْ كَانَ ذَلِكَ الْحُكْمُ مِمَّا يُمْكِنُ الرُّجُوعُ عَنْهُ كَالْوَصَايَا أَوْ لَا يُمْكِنُ كَالْإِقْرَارِ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ قَالَ هَذِهِ الدَّارُ لِزَيْدٍ وَلَكِي مِنْهَا هَذَا الْبَيْتُ قُبِلَ وَلَمْ يَدْخُلِ الْبَيْتُ فِي الْإِقْرَارِ صَرَحَ بِهِ الْأَصْحَابُ، وَيَجِيءُ عَلَى هَذَا اخْتِيَارُ ابْنِ عَقِيلٍ فِي مَسْأَلَةٍ كَانَ لَهُ عَلِيٌّ، وَقَضَيْتُهُ أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ مِنْهُ فِي الْقَضَاءِ أَنْ لَا يَقْبَلَ هَاهُنَا أَفْرَادَ الْبَيْتِ، لِأَنَّهُ مَأْخُذُهُ أَنَّ الْمَعْطُوفَ بِالْوَاوِ جُمْلَةٌ مُسْتَقْلِلَةٌ غَيْرُ مُرْتَبِطَةٍ بِمَا قَبْلَهَا فَهِيَ دَعْوَى مُسْتَقْلِلَةٌ كَمَا قَالُوا فِي قَوْلِهِ: أَنْتَ طَالِقٌ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ: أَنَّهَا تَطْلُقُ بِغَيْرِ عَوْضٍ بِخِلَافِ الْإِسْتِثْنَاءِ وَالصِّفَاتِ فَإِنَّهَا مَعَ مَا قَبْلَهَا شَيْءٌ وَاحِدٌ وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ وَأَنَّ الْمَعْطُوفَ بِالْوَاوِ مَعَ الْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ فِي حُكْمِ الْجُمْلَةِ الْوَاحِدَةِ وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ وَأَمَّا أَنْتَ طَالِقٌ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ فَفِيهَا رَوَايَتَانِ وَمَأْخُذُ الْوُقُوعِ بِغَيْرِ عَوْضٍ مَا ذَكَرُوهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِزَيْدٍ بِشَيْءٍ وَلِلْمَسَاكِينِ بِشَيْءٍ وَهُوَ مَسْكِينٌ فَإِنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ مَعَ الْمَسَاكِينِ مِنْ نَصِيْبِهِمْ شَيْئًا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ هَانِيٍّ وَعَلِيٍّ بْنِ سَعِيدٍ وَنَقَلَ الْقَاضِي فِيمَا قَرَأْتُهُ بِخَطِّهِ الْإِتِّفَاقَ عَلَى أَنَّ زَيْدًا لَا يَسْتَحِقُّ مِنْ وَصِيَّةِ الْمَسَاكِينِ فِي مِثْلِ هَذِهِ الصُّورَةِ، وَإِنْ كَانَ مَسْكِينًا مَعَ أَنَّ ابْنَ عَقِيلٍ فِي فَنُونِهِ حَكَى عَنْهُ أَنَّهُ خَرَجَ وَجْهًا آخَرَ بِمُشَارَكَتِهِمْ إِذَا كَانَ مَسْكِينًا.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِزَيْدٍ بِخَاتَمٍ وَفِصَّةٍ لِآخَرَ أَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِعَبْدٍ وَبِمَنَافِعِهِ لِآخَرَ أَوْ لِأَحَدِهِمَا بِالْدارِ لِآخَرَ بِسُكْنَاهَا وَنَحْوَ ذَلِكَ بِلَفْظٍ لَا يَقْتَضِي انْفِرَادَ كُلِّ وَاحِدٍ بِمَا وَصَّى لَهُ بِهِ صَرِيحًا، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي الشَّافِيِّ: لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا وَصَّى لَهُ بِهِ لَا يُشَارِكُهُ الْآخَرُ فِيهِ وَحَمَلَهُ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ عَلَى أَنَّهُ كَانَ فِي كَلَامٍ وَاحِدٍ مُتَّصِلٍ وَأَخَذَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْإِقْرَارِ السَّابِقَةِ وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ هَاهُنَا التَّوَقُّفُ. قَالَ مُهَنَّاتُ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنْ رَجُلٍ أَوْصَى بِعَبْدٍ لِرَجُلٍ ثُمَّ أَوْصَى بِهِ لِآخَرَ قَالَ: هَذِهِ مُشْكِلَةٌ فَقُلْتُ لَهُ: فَإِنَّ نَاسًا يَقُولُونَ يَكُونُ الْعَبْدُ بَيْنَهُمْ نِصْفَيْنِ قَالَ: لَا فَقُلْتُ لَهُ: فَإِنْ أَوْصَى بِدَارٍ لِرَجُلٍ وَأَوْصَى بِغَلَّتِهَا لِآخَرَ فَقَالَ: هَذِهِ مِثْلُ تِلْكَ، فَقُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ: إِنَّهُ أَوْصَى بِخَاتَمِهِ لِرَجُلٍ وَأَوْصَى بِالْفِصِّ لِآخَرَ فَقَالَ: وَهَذِهِ أَيْضًا مِثْلُ تِلْكَ، وَلَمْ يُخْبِرْنِي فِيهِمْ بِشَيْءٍ، فَتَوَقَّفَ فِي الْمَسْأَلَةِ وَأَتَكَرَّ قَوْلُهُ مَنْ قَالَ: بِالْإِشْتِرَاكِ فِي الْعَبْدِ إِذَا أَوْصَى بِهِ لِثَنَيْنِ وَجَعَلَ حُكْمَ الْوَصِيَّةِ بِالْدارِ وَغَلَّتِهَا وَالْخَاتَمِ وَفِصَّةِ حُكْمَ

الْوَصِيَّةَ بِعَبْدٍ لِاثْنَيْنِ فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَا اشْتِرَاكَ فِي الْفَصِّ وَالْعَلَّةِ.

وَزَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُ يَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ بِهِ بِخُصُوصِهِ لَكِنَّ هَذَا قَدْ يَكُونُ مَأْخُذُهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ الثَّانِيَةَ رُجُوعٌ عَنِ الْأُولَى كَمَا أَشْعَرَ بِهِ كَلَامُهُ فِي الْعَبْدِ وَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِعَيْنٍ مَرَّةً لِرَجُلٍ وَمَرَّةً لِغَيْرِهِ لَا يَكُونُ رُجُوعًا بَلْ يَشْتَرِكَانِ فِيهَا كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْأَجْزَاءِ الْمَنْسُوبَةِ كَالثُلُثِ وَنَحْوِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلْثِهِ وَوَصَّى لِآخَرَ بِقَدَرٍ مِنْهُ قَالَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ الْحَسَنِ بْنِ ثَوَابٍ فِي رَجُلٍ، قَالَ: ثُلْثِي هَذَا لِفُلَانٍ وَيُعْطَى فُلَانٌ مِنْهُ مِائَةٌ دِرْهَمٍ فِي كُلِّ شَهْرٍ إِلَى أَنْ يَمُوتَ، قَالَ: هُوَ لِالْآخِرِ مِنْهُمَا قِيلَ: كَيْفَ؟ قَالَ: لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ رَجَعَتْ إِلَى الَّذِي قَالَ: وَيُعْطَى هَذَا مِنْهُ كُلُّ شَهْرٍ وَإِذَا مَاتَ هَذَا أَوْ فَضَلَ شَيْءٌ يَرُدُّ إِلَى صَاحِبِ الثُّلُثِ هَذِهِ الرُّوَايَةُ تَدُلُّ عَلَى تَقَدُّمِ الْوَصِيَّةِ بِالْمُقَدَّرِ عَلَى الْوَصِيَّةِ بِالْأَجْزَاءِ الْمَنْسُوبِ، لِأَنَّهُمَا كَالْخَاصَّةِ وَالْعَامَّةِ. وَكَتَبَ الْقَاضِي بِخَطِّهِ عَلَى حَاشِيَةِ الْجَامِعِ لِلْخِلَالِ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ الثَّانِيَةَ تَقْتَضِي الرُّجُوعَ عَنِ الْأُولَى، لِأَنَّ الثَّانِيَةَ تَسْتَعْرِقُ جَمِيعَ الْمَالِ إِذَا الْعُمُرُ لَيْسَ لَهُ حَدٌّ مَعْرُوفٌ. قَالَ: وَقَدْ قِيلَ: لَا يَكُونُ رُجُوعًا وَيُقَسَّمُ الثُّلُثُ عَلَى أَرْبَعَةٍ لِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ سَهْمٌ وَثَلَاثَةٌ لِلْآخِرِ كَمَا لَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمَالِهِ وَآخَرَ بِثُلْثِهِ انْتَهَى. وَكِلَا الْوَجْهَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ فِيهِمَا ضَعْفٌ، لِأَنَّ أَحْمَدَ رَدَّ الْفَضْلَ عَنِ الثَّقَّةِ إِلَى الْأَوَّلِ وَهَذَا يَبْطُلُ أَنَّهُ رُجُوعٌ وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلثَّانِيِ إِنَّمَا هِيَ مِنَ الثُّلُثِ فَكَيْفَ تَكُونُ وَصِيَّةً بِالْمَالِ كُلِّهِ فَتَعَيَّنَ حَمْلُهَا عَلَى مَا قَدَّمَناه أَوَّلًا.

فَإِذَا الْمَسْأَلَةُ الَّتِي ذَكَرَهَا الْخِرَقِيُّ فِي كِتَابِهِ وَهِيَ إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمُعَيَّنٍ مِنْ مَالِهِ كَعَبْدٍ وَآخَرَ وَتَبِعَهُ بِجُزْءٍ مُشَاعٍ مِنْهُ كَالثُّلُثِ أَنَّ الْوَصِيَّتَيْنِ يَزْدَحِمَانِ فِي الْمُعَيَّنِ مَعَ الْإِجَازَةِ كَمَا لَوْ وَصَّى بِهِ لِاثْنَيْنِ وَتَبِعَهُ عَلَى ذَلِكَ ابْنُ حَامِدٍ وَالْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ، فَهَذَا قَدْ يُحْمَلُ عَلَى مَا إِذَا كَانَتِ الْوَصِيَّتَانِ فِي وَقْتَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ وَلَا إِشْكَالَ عَلَى هَذَا وَإِنْ حُمِلَ عَلَى إِطْلَاقِهِ وَهُوَ الَّذِي اقْتَضَاهُ كَلَامُ الْأَكْثَرِينَ فَهُوَ وَجْهٌ آخَرٌ وَنُصُوصُ أَحْمَدَ وَأَصُولُهُ تُخَالِفُهُ كَنَصِّهِ فِي رَوَايَةِ مُهَنَّاتٍ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْعَبْدِ لِاثْنَيْنِ وَنَصِّهِ عَلَى أَنَّ مَنْ وَصَّى لِزَيْدٍ بِشَيْءٍ وَلِجَبْرِانَةَ بِشَيْءٍ وَزَيْدٌ مِنْ جَبْرِانَةَ أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ مِنَ الْوَصِيَّةِ لِلْجَبْرِانِ شَيْئًا، وَقَدْ ذَكَرَ ابْنُ حَامِدٍ أَنَّ الْأَصْحَابَ اسْتَشْكَلُوا مَسْأَلَةَ الْخِرَقِيِّ وَأَنْكَرُوهَا عَلَيْهِ وَنَسَبُوهُ إِلَى التَّفَرُّدِ بِهَا.

الْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ الْخَاصُّ وَالْعَامُّ فِي كَلَامَيْنِ مُتَفَرِّدَيْنِ فَهَاهُنَا حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَكُونَ الْمُتَكَلِّمُ بِهَا لَا يُمْكِنُهُ الرُّجُوعُ عَنْ كَلَامِهِ وَلَا يَقْبَلُ مِنْهُ كَالْأَقَارِيرِ

وَالشَّهَادَاتِ وَالْعُقُودِ فَيَقَعُ التَّعَارُضُ فِي الشَّهَادَاتِ وَلَا يَكُونُ الْإِفْرَارُ الثَّانِي وَلَا الْعَقْدُ الثَّانِي رَجُوعًا عَنِ الْأَوَّلِ هَكَذَا ذَكَرَهُ غَيْرُ وَاحِدٍ الْمُتَأَخِّرِينَ مَعَ أَنَّ كَلَامَ أَحْمَدَ وَأَبِي بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ فِي أَنَّ الْخَاصَّ لَا يَدْخُلُ فِي الْعَامِّ لَيْسَ فِيهِ تَفْصِيلٌ بَيْنَ الْكَلَامِ الْوَاحِدِ وَغَيْرِهِ. وَقَدْ يُقَالُ: إِنَّ الْخَاصَّ لَا يَدْخُلُ فِي الْعَامِّ مُطْلَقًا وَيَكُونُ تَخْصِيصُهُ بِالذِّكْرِ قَرِينَةً مُخْرَجَةً مِنَ الْعُمُومِ مَا لَمْ يُعَارِضْ ذَلِكَ قَرِينَةً تَقْتَضِي دُخُولَهُ فِيهِ وَعَلَى تَقْدِيرِ دُخُولِهِ فِيهِ بِقَرِينَةٍ أَوْ مُطْلَقًا فَإِذَا تَعَارَضَ دَلَالَةُ الْعَامِّ وَدَلَالَةُ الْخَاصِّ فِي شَيْءٍ فَهَلْ تَرْجِعُ دَلَالَةُ الْخَاصِّ أَمْ يَتَسَاوَيَانِ ذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْوَاضِحِ أَنَّهُمَا يَتَسَاوَيَانِ وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي التَّمْهِيدِ أَنَّهُ يُقَدَّمُ دَلَالَةُ الْخَاصِّ، وَهَذَا هُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ أَيْضًا وَالْأَصْحَابُ كُلُّهُمْ فِي مَسْأَلَةِ تَخْصِيصِ الْقُرْآنِ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ وَفِي مَسْأَلَةِ تَقْدِيمِ الْخَاصِّ عَلَى الْعَامِّ عِنْدَ التَّعَارُضِ وَإِنْ عَلِمَ تَقَدُّمُ الْخَاصِّ حَتَّى قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ: لَا يَجُوزُ أَنْ يَنْسَخَ الْعَامُّ الْخَاصَّ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُسَاوٍ لَهُ.

وَالْحَالَةُ الثَّانِيَّةُ: أَنْ يَكُونَ الرَّجُوعُ مُمَكِّنًا كَالْوَصِيَّةِ وَعَزْلُ الْإِمَامِ لِمَنْ يُمْكِنُهُ عَزْلُهُ وَوَلَايَتُهُ فَهَذَا يُشَبِّهُ تَعَارُضَ الْعَامِّ الْخَاصِّ فِي كَلَامِ الشَّارِعِ فِي الْأَحْكَامِ وَفِي ذَلِكَ ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ: أَشْهُرُهُنَّ: تَقْدِيمُ الْخَاصِّ مُطْلَقًا وَتَخْصِيصُ الْعُمُومِ بِهِ سَوَاءً جَهْلُ التَّارِيخِ أَوْ عِلْمُ.

وَالثَّانِيَّةُ: إِنْ جَهَلَ التَّارِيخَ فَكَذَلِكَ وَالْإِقْدَامُ الْمُتَأَخَّرُ مِنْهُمَا.

وَالثَّالِثَةُ: إِنْ عَلِمَ التَّارِيخَ عَمِلَ بِالْمُتَأَخَّرِ وَإِنْ جَهَلَ تَعَارَضًا.

وَيَتَّصِلُ بِهِذِهِ الْقَاعِدَةُ قَاعِدَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا اجْتَمَعَ فِي شَخْصٍ اسْتِحْقَاقُ بَعْضِهِ خَاصَّةً كَوَصِيَّةٍ مُعَيَّنَةٍ وَمِيرَاثٍ وَاسْتِحْقَاقُ بَعْضِهِ عَامَّةً كَالْفَقْرِ وَالْمُسْكِنَةِ فَإِنَّهُ لَا يَأْخُذُ إِلَّا بِالْجِهَةِ الْخَاصَّةِ نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: إِذَا وَصَّى لِزَيْدٍ بِشَيْءٍ [وَلِكَجِيرَانِهِ بِشَيْءٍ وَهُوَ مِنَ الْجِيرَانِ فَإِنَّهُ لَا يُعْطَى مِنْ نَصِيبِ الْجِيرَانِ].

وَمِنْهَا: إِذَا وَصَّى لِزَيْدٍ بِشَيْءٍ [وَلِلْفُقَرَاءِ بِشَيْءٍ وَزَيْدٌ فَقِيرٌ، لَا يُعْطَى مِنْ نَصِيبِ الْفُقَرَاءِ] شَيْئًا نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى الصُّورَتَيْنِ وَخَرَجَ الْقَاضِي فِيمَا نَقَلَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُتُونِهِ الْاسْتِحْقَاقَ بِجِهَةِ الْفُقَرَاءِ وَالْجَوَارِ كَمَا يَسْتَحِقُّ عَامِلُ الزَّكَاةِ الْأَخْذَ بِجِهَةِ الْفَقْرِ مَعَ الْعِمَالَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِأَقَارِبِهِ بِشَيْءٍ وَوَصَّى أَنْ يُكْفَرَ عَنْهُ بِإِيمَانٍ فَلَا يُعْطَى مِنَ الْكُفَّارَةِ مَنْ أَحَدٌ مِنَ الْوَصِيَّةِ مِنَ الْأَقَارِبِ نَصٌّ عَلَى ذَلِكَ فِي رِوَايَةٍ صَالِحَةٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَسَى لِلْفُقَرَاءِ وَوَرِثَتُهُ فَقَرَاءٌ لَمْ يَجْزُ لَهُمُ الْآخِذُ مِنَ الْوَصِيَّةِ نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةٍ حَرَبٍ، وَقَا: الْوَارِثُ لَا يَصْرِفُ فِي الْمَالِ مَرَّتَيْنِ عَلَى أَنَّ الْوَارِثَ لَا يَحْجُ عَنْ النِّمَتِ وَيَأْخُذُ الْوَصِيَّةَ وَحَمَلَهُ الْقَاضِي عَلَى مَنَعِهِ مِنْ أَخْذِ الزَّائِدِ عَنْ نَفَقَةِ الْمِثْلِ فَأَمَّا نَفَقَةُ الْمِثْلِ فَيَجُوزُ، لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ.

الْقَاعِدَةُ الثَّانِيَّةُ: إِذَا اجْتَمَعَتْ صِفَاتٌ فِي عَيْنٍ فَهَلْ يَتَعَدَّدُ الاسْتِحْقَاقُ بِهَا كَالْأَعْيَانِ الْمُتَعَدَّدَةِ الْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّهَا كَالْأَعْيَانِ فِي تَعَدُّدِ الاسْتِحْقَاقِ وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ صُورٌ مِنْهَا: الْآخِذُ مِنَ الزَّكَاةِ بِالْفَقْرِ وَالْغُرْمِ وَالْغَزْوِ وَنَحْوِهِ. وَمِنْهَا: الْآخِذُ مِنَ الْخُمْسِ بِأَوْصَافٍ مُتَعَدَّدَةٍ.

وَمِنْهَا: الْآخِذُ مِنَ الصَّدَقَاتِ الْمُنْدُورَةِ وَالْفِيءِ وَالْوُقُوفِ.

وَمِنْهَا: الْمَوَارِثُ بِأَسْبَابٍ مُتَعَدَّدَةٍ كَالزَّوْجِ ابْنِ عَمٍّ، وَابْنِ الْعَمِّ إِذَا كَانَ أَخًا لَأُمٍّ بِالِاتِّفَاقِ وَكَذَلِكَ الْجَدَّتُ الْمُدْلِيَّاتُ بِقَرَابَتَيْنِ وَالْأَرْحَامُ وَالْمَجُوسُ وَنَحْوُهُمْ مِمَّنْ يُدْلِي بِنَسَبَيْنِ فَإِنَّهُمْ يَرْتُونُ بِالْجَمِيعِ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ.

وَمِنْهَا: فِي تَعْلِيلِ الطَّلَاقِ كَمَا لَوْ قَالَ إِنْ كَلَّمْتُ رَجُلًا لَفَأَنْتِ طَالِقٌ وَإِنْ كَلَّمْتُ فَفِيهَا فَأَنْتِ طَالِقٌ وَإِنْ كَلَّمْتُ أَوْ دَفَعْتُ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَكَلَّمْتُ رَجُلًا فَفِيهَا أَسْوَدَ طَلَّقْتُ ثَلَاثًا، وَكَذَا لَوْ قَالَ: إِنْ وَلَدْتُ وَلَدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ وَإِنْ وَلَدْتُ أَنْثَى فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدْتُ أَنْثَى طَلَّقْتُ طَلْقَتَيْنِ. وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: لَا تَطْلُقُ إِلَّا طَلْقَةً وَاحِدَةً فِي الْمَسَائِلِ كُلِّهَا مَعَ الطَّلَاقِ، لِأَنَّ الْأَظْهَرَ مِنْ مُرَادِ الْحَالِفِ أَنْتِ طَالِقٌ سَوَاءٌ وَلَدْتُ ذَكَرًا أَوْ أَنْثَى، وَسَوَاءٌ كَلَّمْتُ رَجُلًا أَوْ فَفِيهَا أَوْ أَسْوَدَ، فَيَنْزِلُ الْإِطْلَاقُ عَلَيْهِ لِاشْتِهَارِهِ فِي الْعُرْفِ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ خِلَافَهُ.

وَنَصَّ الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ ابْنُ مَنْصُورٍ فِيهِ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً إِنْ وَلَدْتُ ذَكَرًا وَطَلْقَتَيْنِ إِنْ وَلَدْتُ أَنْثَى فَوَلَدْتُ ذَكَرًا وَأَنْثَى أَنَّهُ عَلَى مَا نَوَى، إِنَّمَا أَرَادَ وَلَادَةً وَاحِدَةً، وَأَكْرَهَ قَوْلَ سُفْيَانَ أَنَّهُ يَقَعُ عَلَيْهَا، فَالْأَوَّلُ مَا عَلِقَ بِهِ وَتَبَيَّنَ بِالثَّانِي وَلَا تَطْلُقُ بِهِ، وَقَوْلُ سُفْيَانَ وَهُوَ الَّذِي عَلَيْهِ أَصْحَابُنَا: أَبُو بَكْرٍ وَأَبُو حَفْصٍ وَالْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ، وَكَذَلِكَ ابْنُ حَامِدٍ وَزَادَ أَنَّهَا تَطْلُقُ بِالثَّانِي أَيْضًا. وَالْمَنْصُورُ أَصَحُّ، لِأَنَّ الْحَالِفَ إِنَّمَا حَلَفَ عَلَى حَمَلٍ وَاحِدٍ وَوَلَادَةٍ وَاحِدَةٍ، وَالْغَالِبُ أَنَّهُ لَا يَكُونُ إِلَّا وَلَدًا وَاحِدًا، لَكِنَّهُ لَمَّا كَانَ ذَكَرًا مَرَّةً وَأَنْثَى أُخْرَى نَوَعَ التَّعْلِيلَ عَلَيْهِ، فَإِذَا وَلَدْتُ هَذَا الْحَمْلَ ذَكَرًا وَأَنْثَى لَمْ يَقَعْ بِهِ الْمَعْلَقُ بِالذَّكْرِ وَالْأَنْثَى جَمِيعًا، بَلِ الْمَعْلَقُ بِأَحَدِهِمَا فَقَطْ، لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ إِلَّا إِيقَاعَ أَحَدِ الطَّلَاقَيْنِ، وَإِنَّمَا رَدَّدَهُ لِتَرَدُّدِهِ

فِي كَوْنِ الْمَوْلُودِ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى، وَيَبْغِي أَنْ يَقَعَ أَكْثَرُ الطَّلَاقَيْنِ إِذَا كَانَ الْقَصْدُ تَطْلِيقَهَا بِهَذَا الْوَضْعِ، سَوَاءً كَانَ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى، لَكِنَّهُ أَوْقَعَ بُولَادَةَ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ، فَيَقَعُ بِهِ أَكْثَرُ الْمُعْلَقَيْنِ.

تَنْبِيْهُ: إِذَا كَانَتْ الْجِهَةُ وَاحِدَةً لَمْ يَتَعَدَّدِ اسْتِحْقَاقُ بَعْدُدِ الْأَوْصَافِ الْمُدْلِيَةِ إِلَيْهَا كَالْوَصِيَّةِ لِقَرَابَتِهِ إِذَا أَدْلَى شَخْصٌ بِقَرَابَتَيْنِ وَالْآخَرُ بِقَرَابَةٍ وَاحِدَةٍ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي الْوَصِيَّةِ لِلْإِخْوَةِ أَنَّهُ يَسْتَوِي الْإِخْوَةُ لِلْأَبَوَيْنِ وَالْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَالْإِخْوَةُ لِلْأُمِّ، لِأَنَّ الْكُلَّ مُشْتَرِكُونَ فِي جِهَةِ الْأَخْوَةِ فَلَا عِبْرَةَ بَعْدُدِ الْجِهَاتِ الْمُوصِلَةِ إِلَيْهَا.

* * *

القاعدة العشرون بعد المائة:

يُرْجَحُ ذُو الْقَرَابَتَيْنِ عَلَى ذِي الْقَرَابَةِ الْوَاحِدَةِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ إِحْدَاهُمَا لَهَا مَدْخَلٌ فِي اسْتِحْقَاقِ فِي مَسَائِلَ:

مِنْهَا: فِي الْآخِ لِلْأَبَوَيْنِ ^(١) عَلَى الْآخِ لِلْأَبِ فِي الْمِيرَاثِ بِالْوَلَاةِ رَوَايَةً وَاحِدَةً، وَخَرَجَ ابْنُ الزَّاعُونِي فِي كِتَابِهِ التَّلْخِيصِ فِي الْفَرَائِضِ رَوَايَةً أُخْرَى بِاشْتِرَاكِهِ فِي مَسْأَلَةِ النِّكَاحِ. وَمِنْهَا: تَقْدِيمُ الْآخِ لِلْأَبَوَيْنِ عَلَى الْآخِ لِلْأَبِ فِي وَلَايَةِ النِّكَاحِ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ، اخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ وَرَجَّحَهُ صَاحِبُ الْمُعْنِيِّ.

وَمِنْهَا: تَقْدِيمُهُ عَلَيْهِ فِي حَمْلِ الْعَاقِلَةِ، وَفِيهِ الرِّوَايَتَانِ.

وَمِنْهَا: تَقْدِيمُهُ عَلَيْهِ فِي الصَّلَاةِ عَلَى الْجَنَازَةِ، وَفِيهِ الرِّوَايَتَانِ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: فِي الْوَقْفِ الْمُقَدَّمِ فِيهِ بِالْقُرْبِ، وَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ، فَيَتَرَجَّحُ الْآخُ لِلْأَبَوَيْنِ عَلَى الْآخِ لِلْأَبِ صَرَحَ بِهِ الْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ فِي الْوَصِيَّةِ، وَعَلَّلُوا بِأَنَّ الْإِنْفِرَادَ بِالْقَرَابَةِ كَالْتَقَدُّمِ بِدَرَجَةٍ، وَخَالَفَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ فِي الْوَقْفِ، وَقَالَ: لَا يَرْجَعُ فِيهِ بِالْقَرَابَةِ الْأَجْنِبِيَّةِ عَنْ اسْتِحْقَاقِ الْوَقْفِ.

* * *

القاعدة الحادية والعشرون بعد المائة:

فِي تَخْصِيصِ الْعُمُومِ بِالْعُرْفِ وَلَهُ صَوْرَتَانِ:

(١) أي الشقيق.

إحداهما: أَنْ يَكُونَ قَدْ غَلَبَ اسْتِعْمَالُ الاسْمِ الْعَامِّ فِي بَعْضِ أَفْرَادِهِ حَتَّى صَارَ حَقِيقَةً عُرْفِيَّةً، فَهَذَا يَخْتَصُّ بِهِ الْعُمُومُ بِغَيْرِ خِلَافٍ، فَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ شِوَاءَ اخْتَصَّتْ يَمِينُهُ بِاللَّحْمِ الْمَشْوِيِّ دُونَ الْبَيْضِ وَغَيْرِهِ مِمَّا يُشْوَى، وَكَذَلِكَ لَوْ حَلَفَ عَلَى لَفْظِ الدَّابَّةِ وَالسَّقْفِ وَالسَّرَاجِ وَالْوَتْدِ لَا يَتَنَاوَلُ إِلَّا مَا يُسَمَّى فِي الْعُرْفِ كَذَلِكَ، دُونَ الْأَدْمِيِّ وَالسَّمَاءِ وَالشَّمْسِ وَالْجَبَلِ، فَإِنَّ هَذِهِ التَّسْمِيَةَ فِيهَا هُجِرَتْ حَتَّى عَادَتْ مَجَازًا.

الصُّورَةُ الثَّانِيَّةُ: أَنْ لَا يَكُونَ كَذَلِكَ وَهُوَ نَوَعَانٌ:

أَحَدُهُمَا: مَا لَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ الاسْمُ الْعَامُّ إِلَّا مُقَيَّدًا بِهِ وَلَا يُفْرَدُ بِحَالٍ، فَهَذِهِ لَا يَدْخُلُ فِي الْعُمُومِ بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ، فَخِيَارُ شَنْبَرٍ وَتَمْرٌ هِنْدِيٌّ لَا يَدْخُلَانِ فِي مُطْلَقِ التَّمْرِ وَالْخِيَارِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَنَظِيرُهُ مَاءُ الْوَرْدِ لَا يَدْخُلُ فِي اسْمِ الْمَاءِ الْمُطْلَقِ.

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: مَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ الاسْمُ الْعَامُّ لَكِنَّ الْأَكْثَرَ أَنْ لَا يُذَكَّرَ مَعَهُ إِلَّا بِقَيْدٍ أَوْ قَرِينَةٍ، وَلَا يَكَادُ يُفْهَمُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ دُخُولُهُ فِيهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَيْهِمَا مَسَائِلٌ:

مِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الرَّءُوسَ، فَقَالَ الْقَاضِي: يَحْنُثُ بِأَكْلِ كُلِّ مَا يُسَمَّى رَأْسًا مِنْ رءُوسِ الطُّيُورِ وَالسَّمَكِ، وَنَقَلَهُ فِي مَوْضِعٍ عَنْ أَحْمَدَ، وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ: الْعُرْفُ يُعْتَبَرُ فِي تَعْمِيمِ الْخَاصِّ لَا فِي تَخْصِيصِ الْعَامِّ. وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ: لَا يَحْنُثُ إِلَّا بِرَأْسٍ يُؤْكَلُ فِي الْعَادَةِ مُفْرَدًا، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ خِلَافِهِ أَنَّ يَمِينَهُ تَخْتَصُّ بِمَا يُسَمَّى رَأْسًا عُرْفًا، وَحَكَى ابْنُ الزَّاغُونِي فِي الْإِقْنَاعِ رَوَاتَيْنِ:

إحداهما: يَحْنُثُ بِأَكْلِ كُلِّ رَأْسٍ. وَالثَّانِيَّةُ: لَا يَحْنُثُ إِلَّا بِأَكْلِ رَأْسٍ بِهِمَةِ الْأَنْعَامِ خَاصَّةً، وَعَزَى الْأَوَّلَى إِلَى الْخَرْقِيِّ، وَفِي التَّرْغِيبِ ذَكَرَ الْوَجْهَ الثَّانِي: أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ إِلَّا بِأَكْلِ رَأْسٍ يُبَاعُ مُفْرَدًا لِلْأَكْلِ عَادَةً، قَالَ: فَإِنْ جَرَتْ عَادَةُ قَوْمٍ بِأَكْلِ رءُوسِ الطُّبَاءِ حَنْثَ بِهِ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ، وَفِي غَيْرِهِ وَجْهَانِ مَا أَخَذَهُمَا هَلِ الْإِعْتِبَارُ بِأَصْلِ الْعَادَةِ أَوْ عَادَةِ الْحَالِفِ؟ انْتَهَى.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الْبَيْضَ فَهُوَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ أَيْضًا، فَيَحْنُثُ عِنْدَ الْقَاضِي بِأَكْلِ بَيْضِ السَّمَكِ وَغَيْرِهِ، وَلَا يَحْنُثُ عِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ إِلَّا بِأَكْلِ بَيْضِ يُزَاوِلُ بَائِضَهُ فِي حَيَاتِهِ، وَزَعَمَ صَاحِبُ الْكَافِي أَنَّ التَّخْصِيصَ هُنَا إِلَّا مَا كَانَ إِضَافَةً الْأَكْلِ إِلَى الرءُوسِ وَالْبَيْضِ، حَيْثُ كَانَتْ الْعَادَةُ تَخْتَصُّ بِبَعْضِ أَنْوَاعِهَا، وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُ لَوْ عَلِقَ حُكْمًا سِوَى الْأَكْلِ لَعَمَّ بِغَيْرِ خِلَافٍ وَفِيهِ نَظَرٌ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ اللَّحْمَ فَكُلَّ لَحْمِ السَّمَكِ فَفِيهِ وَجْهَانِ أَيْضًا. وَقَالَ أَحْمَدُ فِي

رَوَايَةُ صَالِحٍ: هُوَ عَلَى نِيَّتِهِ. قَالَ الْقَاضِي: مَعْنَاهُ إِنْ نَوَى لَحْمًا بِعَيْنِهِ لَمْ يَحْنُثْ بِأَكْلِ غَيْرِهِ مَعَ الإِطْلَاقِ وَهُوَ قَوْلُ الْخِرَقِيِّ. وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى: لَا يَحْنُثُ مَعَ الإِطْلَاقِ وَإِنَّمَا يَحْنُثُ بِإِدْخَالِهِ بِالنِّيَّةِ، وَلَعَلَّهُ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ بَيْتًا فَدَخَلَ مَسْجِدًا أَوْ حَمَامًا فَالْمَنْصُوصُ فِي رَوَايَةِ مُهَنَّأَ أَنَّهُ يَحْنُثُ وَأَنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِي ذَلِكَ إِلَى نِيَّةٍ، وَاسْتَدَلَّ بِأَنَّ الْمَسْجِدَ وَالْحَمَامَ يُسَمَّى بَيْتًا بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَهَذَا يُخَالِفُ نَصَّهُ فِي رَوَايَةِ صَالِحٍ فِي لَحْمِ السَّمَكِ، فَيُخْرَجُ لَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ، وَخَرَجَ الْأَصْحَابُ فِي هَذَا وَجْهًا بَعْدَ الْحَنْثِ، وَخَرَجَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ مِنْ نَصِّهِ الْأَنبِيِّ فِيمَنْ حَلَفَ بِصَدَقَةٍ مَالِهِ أَنَّهُ يَخْتَصُّ بِمَا يُسَمَّى عِنْدَهُ مَالًا، وَكَذَا الْخِلَافُ لَوْ حَلَفَ لَا يَرْكَبُ فَرَكِبَ سَفِينَةً.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَشْمُ الرِّيحَانَ، فَقَالَ الْقَاضِي: تَخْتَصُّ بِمِثْنِهِ بِالْفَارِسِيِّ، لِأَنَّهُ الْمُسَمَّى بِالرِّيحَانِ عُرْفًا. وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ: يَحْنُثُ بِكُلِّ نَبْتٍ لَهُ رَائِحَةٌ طَيِّبَةٌ، لِأَنَّهُ رِيحَانٌ حَقِيقَةٌ وَهَذَا يُعَاكِسُ قَوْلَهُمَا فِي مَسْأَلَةِ الرُّؤْسِ وَالْيَبِضِّ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمَ بَقَرٍ، فَهَلْ يَحْنُثُ بِأَكْلِ لَحْمِ بَقَرِ الْوَحْشِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، ذَكَرَهُمَا فِي التَّرْغِيبِ، وَخَرَجَهُمَا مِنْ وَجْهَيْنِ. حَكَاهُمَا فِيمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَرْكَبُ حِمَارًا فَرَكِبَ حِمَارًا وَحَشِيًّا هَلْ يَحْنُثُ أَمْ لَا؟ وَالْخِلَافُ هَاهُنَا يَقْرُبُ أَخَذَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ وَجُوبِ الزَّكَاةِ فِي بَقَرِ الْوَحْشِ، وَالْحَنْثُ فِي مَسْأَلَةِ الرُّكُوبِ أَضْعَفُ، لِأَنَّ الرُّكُوبَ إِنَّمَا يَرَادُ بِهِ الْحِمَارُ الْأَهْلِيُّ، وَيُشَبِّهُ هَذَا الْخِلَافَ لِأَصْحَابِنَا فِي مُرُورِ الْحِمَارِ الْوَحْشِيِّ بَيْنَ يَدَيِ الْمُصَلِّي هَلْ يَقْطَعُ صَلَاتَهُ أَمْ لَا؟ وَقَدْ حَكَاهُ أَبُو الْبَقَاءِ فِي شَرْحِ الْهِدَايَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَتَكَلَّمُ فَقْرًا أَوْ مَسْكِينًا، هَلْ يَحْنُثُ أَوْ لَا؟ الْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ، وَتَوَقَّفَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ بِعِتْقِ عَبْدِهِ أَوْ أَعْتَقَهُمْ مُتَجَرِّزًا، فَقَالَ الْخِرَقِيُّ، وَأَبُو بَكْرٍ: يَتَنَاوَلُ الْقِنْ وَالْمَدْبَرُ وَالْمُكَاتِبُ وَأُمُّ الْوَلَدِ وَأَشْقَاصُهُ، وَزَادَ الْقَاضِي عِبْدَ عَبْدِهِ التَّاجِرِ. وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الْمُكَاتِبِ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ، وَخَرَجَ الْقَاضِي رَوَايَةً بَعْدَ دُخُولِ الْمُكَاتِبِينَ بِدُونِ نِيَّةٍ مِنْ رَوَايَةِ مُهَنَّأَ فِي الْأَشْقَاصِ أَنَّهُمْ لَا يَدْخُلُونَ فِي عِتْقِ الْمَمَالِكِ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُمْ، وَمَاخَذَهُ أَنَّهُمْ خَارِجُونَ مِنْ مُسَمَّى الرِّقِيقِ وَالْمَمْلُوكِ عُرْفًا، وَلَوْ قِيلَ إِنَّ أُمَّ الْوَلَدِ كَذَلِكَ لَمْ يَبْعُدْ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ بِصَدَقَةٍ مَالِهِ وَأَرَادَ الْبِرَّ أَوْ نَذَرَهُ نَذْرًا تَبَرُّرًا فَإِنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِثُلْثِ جَمِيعِ مَالِهِ

عِنْدَ الْأَصْحَابِ. وَنَقَلَ الْأَثَرُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ مِثْلَ هَلِ الثُّلُثُ مِنَ الصَّامِتِ خَاصَّةً أَوْ مِنْ جَمِيعِ مَا يَمْلِكُ؟ فَقَالَ: ذَلِكَ عَلَى قَدَرِ مَا نَوَى وَعَلَى قَدَرِ مَخْرَجِ بَيْتِهِ، وَالْأَمْوَالُ عِنْدَ النَّاسِ تَخْتَلِفُ، الْأَعْرَابُ يُسَمُّونَ الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ الْأَمْوَالُ، وَغَيْرُهُمْ يُسَمِّي الصَّامِتَ، وَغَيْرُهُمُ الْأَرْضِينَ، فَلَوْ أَنَّ أَعْرَابِيًّا قَالَ: مَالِي صَدَقَةٌ أَلَيْسَ كُنَّا نَأْخُذُ بِإِبِلِهِ أَوْ نَحْوِ هَذَا؟، قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى نِيَّتِهِ فِي ذَلِكَ فَإِنْ أَطْلَقَ يَرْجِعُ إِلَى عُرْفِ الْإِطْلَاقِ عِنْدَ النَّاذِرِ.

وَقَالَ أَحْمَدُ أَيْضًا فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ: إِذَا قَالَ: جَارِيَتِي حُرَّةٌ إِنْ لَمْ أَصْنَعْ كَذَا وَكَذَا، قَالَ ابْنُ عُمَرَ وَابْنُ عَبَّاسٍ: تُعْتَقُ، وَإِذَا قَالَ: مَالِي فِي الْمَسَاكِينِ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ جَارِيَتُهُ. قَالَ الْقَاضِي: فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّ الْأَمَّةَ لَا تَدْخُلُ فِي عُمُومِ الْمَالِ، قَالَ: وَالْمَذْهَبُ التَّعْمِيمُ، وَالْعَجَبُ أَنَّهُ لَمْ يَحْكُ بِالتَّعْمِيمِ عَنْ أَحْمَدَ نَصًّا صَرِيحًا وَلَا ظَاهِرًا.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا مَالَ لَهُ وَلَهُ مَالٌ غَيْرُ زَكَاةٍ، فَقَالَ الْأَصْحَابُ: يَحْنُثُ وَأَخَذُوهُ مِنْ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا، قَالَ ابْنُ الزَّاغُونِي فِي الْإِقْنَاعِ: وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ، لِأَنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ الْحَرَبِيِّ: نَحْنُ لَا نَعُدُّ الدَّارَ وَالثِّيَابَ وَالْخَادِمَ مَالًا.

* * *

القاعدة الثانية والعشرون بعد المائة:

يُخَصُّ الْعُمُومُ بِالْعَادَةِ عَلَى الْمَنْصُوصِ، وَذَلِكَ فِي مَسَائِلَ:

مِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِأَقْرَبَائِهِ أَوْ أَهْلِ بَيْتِهِ، قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ: إِذَا قَالَ: لِأَهْلِ بَيْتِي أَوْ قَرَاتِي فَهُوَ عَلَى مَا يُعْرَفُ مِنْ مَذْهَبِ الرَّجُلِ، إِنْ كَانَ يَصِلُ عَمَّتَهُ وَخَالَتَهُ، وَنَقَلَ سِنْدِي نَحْوَهُ. وَقَالَ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ فِي الْوَصِيَّةِ لِأَهْلِ بَيْتِهِ: يُنْظَرُ مَنْ كَانَ يَصِلُ مِنْ أَهْلِ بَيْتِهِ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ، فَإِنْ كَانَ لَا يَصِلُ قَرَابَتَهُ مِنْ قَبْلِ أُمِّهِ فَأَهْلُ بَيْتِهِ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ. وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي حِكَايَةِ هَذِهِ الرِّوَايَةِ عَلَى طَرِيقَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا رِوَايَةٌ ثَالِثَةٌ فِي قَرَابَةِ الْأُمِّ خَاصَّةً أَنَّهُمْ لَا يَدْخُلُونَ فِي الْوَصِيَّةِ، إِلَّا إِنْ كَانَ يَصِلُهُمْ فِي حَيَاتِهِ، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ.

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي: أَنَّهَا هِيَ الْمَذْهَبُ، وَأَنَّ الْاعْتِبَارَ بِمَنْ كَانَ يَصِلُهُ فِي حَيَاتِهِ بِكُلِّ حَالٍ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ عَادَةٌ بِالصَّلَةِ فِيهِ لِقَرَابَةِ الْأَبِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَنَقَلَ عَنْ أَحْمَدَ: أَنَّهُ لَا اعْتِبَارَ بِالصَّلَةِ، قَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ فِي رَجُلٍ وَصَّى فِي فُقَرَاءِ أَهْلِ بَيْتِهِ وَلَهُ قَرَابَةٌ

فِي بَعْدَادَ وَقَرَابَةٍ فِي بِلَادِهِ وَكَانَ يَصِلُ فِي حَيَاتِهِ الَّذِينَ يَبْعَادُ. قَالَ: يُعْطِي هَؤُلَاءِ الْحُضُورَ وَالَّذِينَ فِي بِلَادِهِ وَكَذَلِكَ نَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ أَبُو حَفْصٍ الْبَرْمَكِيُّ هَذَا قَوْلَ آخَرَ لَا يُعْتَبَرُ بِمَنْ كَانَ يَصِلُ فِي حَيَاتِهِ. قُلْتُ: وَيَحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ: مَنَعَ الصَّلَاةَ هَاهُنَا لِمَنْ لَيْسَ يَبْعَادُ قَدْ عَلِمَ سَبِيهُ، وَهُوَ تَعَذُّرُ الصَّلَاةِ لِلْبُعْدِ، وَالْكَلامُ إِنَّمَا هُوَ فِيمَا تَرَكَهُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ. قَالَ الْقَاضِي: وَيَشْهَدُ لِرَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ عَنْهُ فِي رَجُلٍ وَصَّى بِصَدَقَةٍ فِي أَطْرَافِ بَعْدَادَ وَقَدْ كَانَ رُبَّمَا تَصَدَّقَ فِي بَعْضِ الْأَرْبَاضِ وَهُوَ حَيٌّ، قَالَ يَتَصَدَّقُ عَنْهُ فِي أَبْوَابِ بَعْدَادَ كُلِّهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِقَرَابَةٍ غَيْرِهِ وَكَانَ يَصِلُ بَعْضُهُمْ، أَوْ وَصَّى لِلْفُقَهَاءِ أَوْ الْفُقَرَاءِ وَكَانَ يَصِلُ بَعْضُهُمْ. قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: لَا رَوَايَةَ فِيهِ، وَلَا يَمْتَنِعُ أَنْ نَقُولَ فِيهِ مَا نَقُولُهُ فِي أَقَارِبِ نَفْسِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَقَفَ عَلَى بَعْضِ أَوْلَادِهِ ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ فَهَلْ يَخْتَصُّ الْبَطْنُ الثَّانِي بِأَوْلَادِ الْمُسْمَيْنِ أَوْ لَا؟ أَوْ يَشْمَلُ جَمِيعَ وَلَدِهِ وَلَدِهِ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ حَرْبٍ عَلَى أَنَّهُ يَشْمَلُ جَمِيعَ وَلَدِ الْوَلَدِ. وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ بِالِاخْتِصَاصِ بِوَلَدِهِ مَنْ وَقَفَ عَلَيْهِمْ اعْتِبَارًا بِآبَائِهِمْ فَإِنَّ هَذِهِ عَطِيَّةً وَاحِدَةً، فَحَمَلُ بَعْضِهَا عَلَى بَعْضٍ أَقْرَبُ مِنْ حَمَلِ الْوَصِيَّةِ عَلَى الْعَطِيَّةِ فِي الْحَيَاةِ، وَهَذَا النَّصُّ هُوَ قَوْلُهُ فِي رَوَايَةٍ حَرْبٍ فِي رَجُلٍ لَهُ وَلَدٌ صِغَارٌ خَافَ عَلَيْهِمُ الضَّيْعَةُ فَأَوْقَفَ مَالَهُ عَلَى وَلَدِهِ، وَكَتَبَ كِتَابًا وَقَالَ: هَذَا صَدَقَةٌ عَلَى وَلَدِهِ فَلَانٍ وَفُلَانٍ سَمَاهُمْ، ثُمَّ قَالَ: وَوَلَدِ وَلَدِهِ، وَلَهُ وَلَدٌ غَيْرُ هَؤُلَاءِ قَالَ: هُمْ شُرَكَاءُ، فَحَمَلَهُ الشَّيْخَانُ: صَاحِبُ الْمَغْنِيِّ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ عَلَى مَا قُلْنَا، وَتَبَوَّبُ الْخَلَالَ يَدُلُّ عَلَيْهِ. وَقَدْ يُقَالُ: إِنَّمَا عَمَّ الْبَطْنُ الثَّانِي وَلَدَ الْوَلَدِ، لِأَنَّهُ تَخْصِيصُ الْبَطْنِ بِالصِّغَارِ كَانَ لِيُخَوِّفَهُ عَلَيْهِمُ الضَّيْعَةَ، وَهَذَا الْمَعْنَى مَفْقُودٌ فِي الْبَطْنِ الثَّانِي، فَذَلِكَ أَشْرَكَ فِيهِ أَوْلَادَ الْأَوْلَادِ كُلَّهُمْ، وَحَمَلَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ عَلَى أَنَّ الْبَطْنَ الْأَوَّلَ يَشْتَرِكُ فِيهِ وَلَدُ الْمُسْلِمُونَ وَغَيْرُهُمْ أَخَذًا مِنْ عُمُومِ قَوْلِهِ: صَدَقَةٌ عَلَى وَلَدِهِ، وَتَخْصِيصُ بَعْضِهِمْ بِالذِّكْرِ لَا يَقْتَضِي التَّخْصِيصَ بِالْحُكْمِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ﴾. وَهَذَا فَاسِدٌ، لِأَنَّ الْآيَةَ فِيهَا عَطْفٌ نَسَقَ بِالْوَاوِ وَهَاهُنَا إِنَّمَا عَطْفٌ بَيَانٍ أَوْ بَدَلٍ، وَإِيَّاهُمَا كَانَ يَقْتَضِي التَّخْصِيصَ بِالْحُكْمِ، لِأَنَّ عَطْفَ الْبَيَانِ مُوضِحٌ لِمَتَّبِعِهِ وَمُطَابِقٌ لَهُ، وَإِلَّا لَمْ يَكُنْ بَيَانًا، وَالْبَدَلُ هُوَ الْوَاسِطَةُ الْمَقْصُودُ بِالْحُكْمِ فَيَعِينُ التَّخْصِيصَ بِهِ، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ مَنْ لَهُ أَرْبَعُ زَوْجَاتٍ: زَوْجَتِي فَلَانَةُ طَالِقٌ لَمْ تَطْلُقِ الثَّلَاثُ الْبَوَاقِي، أَوْ قَالَ مَنْ لَهُ عَيْدٌ: عَبْدِي فَلَانٌ حُرٌّ لَمْ يُعْتَقْ مَنْ عَدَاهُ بِغَيْرِ خِلَافٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ اسْتَأْجَرَ أَحَدًا لَعَمَلَهُ لَمْ يَدْرَ صَوْمَ الدَّهْرِ لَمْ يَدْخُلْ فِي ذَلِكَ مَا يَحْرُمُ صَوْمَهُ مِنْ أَيَّامِ السَّنَةِ أَوْ وَمَا يَجِبُ صَوْمُهُ شَرْعًا كَرَمَضَانَ عَلَى أَصَحِّ الرَّوَابِيتَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ الشَّجَرَةِ اخْتَصَّتْ يَمِينُهُ بِمَا يُؤْكَلُ مِنْهَا عَادَةً وَهُوَ الثَّمَرُ دُونَ مَا لَا يُؤْكَلُ عَادَةً كَالْوَرَقِ وَالْخَشَبِ.

* * *

القاعدة الثالثة والعشرون بعد المائة:

وَيُخَصُّ الْعُمُومُ بِالشَّرْعِ أَيْضًا عَلَى الصَّحِيحِ فِي مَسَائِلَ:

مِنْهَا: إِذَا نَذَرَ صَوْمَ الدَّهْرِ لَمْ يَدْخُلْ فِي ذَلِكَ مَا يَحْرُمُ صَوْمَهُ مِنْ أَيَّامِ السَّنَةِ أَوْ وَمَا يَجِبُ صَوْمُهُ شَرْعًا كَرَمَضَانَ عَلَى أَصَحِّ الرَّوَابِيتَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمًا لَمْ يَتَنَاوَلَ يَمِينُهُ اللَّحْمَ الْمُحَرَّمَ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِأَقَارِبِهِ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِمُ الْوَارِثُونَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ. حَكَاهُمَا فِي التَّرْغِيبِ وَظَاهِرُ كَلَامِهِ الدُّخُولُ، وَظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَابْنِ عَقِيلٍ خِلَافُهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَكَلَهُ أَنْ يُطْلَقَ زَوْجَتُهُ فَهَلْ يَدْخُلُ فِيهِ الطَّلَاقُ الْمُحَرَّمَ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا ابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ.

وَمِنْهَا: لَوْ نَذَرَ اعْتِكَافَ شَهْرٍ مُتَتَابِعٍ ^(١) فَلَهُ أَنْ يَعْتَكِفَ فِي غَيْرِ الْجَامِعِ وَيَخْرُجَ إِلَى الْجُمُعَةِ لَا مُسْتَنَائَهَا بِالشَّرْعِ، وَفِيهِ وَجْهٌ لَا يَجُوزُ الِاعْتِكَافُ فِي غَيْرِ الْجَامِعِ، وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ، كَمَا أَنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ فِي الصَّيَّامِ الْمُتَتَابِعِ بِصَوْمِ رَمَضَانَ وَلَا فِطْرِ أَيَّامِ النَّهْيِ.

* * *

القاعدة الرابعة والعشرون بعد المائة:

هَلْ نَخْصُ اللَّفْظَ الْعَامَّ بِسَبَبِهِ الْخَاصُّ إِذَا كَانَ السَّبَبُ هُوَ الْمُقْتَضِي لَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يُخَصُّ بِهِ بَلْ يَقْضِي بِعُمُومِ اللَّفْظِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي فِي الْخِلَافِ وَالْأَمْدِيِّ وَأَبِي الْفَتْحِ الْحُلَوَانِيِّ وَأَبِي الْخَطَّابِ وَغَيْرِهِمْ وَأَخَذُوهُ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةٍ عَلِيِّ بْنِ سَعِيدٍ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَصْطَادُ مِنْ نَهْرٍ لَظَلَمَ رَأَى فِيهِ ثُمَّ زَالَ الظَّلَمُ قَالَ أَحْمَدُ: النَّذَرُ يُوفَى بِهِ. وَكَذَلِكَ أَخَذُوهُ مِنْ قَاعِدَةِ الْمَذْهَبِ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَكَلِّمُ هَذَا الصَّبِيَّ فَصَارَ شَيْخًا

(١) ويقطع التتابع السكر والكفر وتعمد الجماع وتعمد الخروج من المسجد لا لقضاء حاجة ولا الأكل ولا الشرب إن تعذر الماء في المسجد ولا للمرص. المقدمة الحضرمية (١/١٤١).

أَنَّهُ يَحْنُثُ بِتَكْلِيمِهِ تَغْلِيًّا لِلتَّعْيِينِ عَلَى الْوَصْفِ قَالُوا: وَالسَّبَبُ وَالْقَرِينَةُ عِنْدَنَا تَعْمُ الْخَاصَّ وَلَا تُخَصِّصُ الْعَامَّ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: لَا يَحْنُثُ، وَهُوَ الصَّحِيحُ عِنْدَ صَاحِبِي الْمُغْنِي وَالْمُحَرَّرِ، وَلَكِنَّ صَاحِبَ الْمُحَرَّرِ اسْتَشْنَى صُورَةَ النَّهْرِ وَمَا أَشَبَّهَا كَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ بَلَدًا لَظَلَمَ رَأَاهُ فِيهِ ثُمَّ زَالَ، وَصَاحِبُ الْمُغْنِي عَزَى الْخِلَافَ إِلَيْهَا، وَرَجَّحَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي عُمْدِ الْأَدِلَّةِ، وَقَالَ: هُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ، لِأَنَّ الْمَذْهَبَ أَنَّ الصِّفَةَ لَا تَنْحَلُّ بِالْفِعْلِ حَالَةَ الْيَمِينِ، لِأَنَّ الْيَمِينَ بِمُقْتَضَى دَلَالَةِ الْحَالِ تَقْتَضِي التَّخْصِصَ بِحَالَةِ الزَّوْجِيَّةِ دُونَ غَيْرِهَا. وَكَذَلِكَ جَزَمَ بِهِ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنَ الْمُجَرَّدِ وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَسْأَلَةِ النَّهْرِ الْمَنْصُوصَةِ بِأَنَّ نَصَّ أَحْمَدَ إِنَّمَا هُوَ التَّنْذَرُ، وَالتَّنْذَرُ إِذَا قَصِدَ التَّقَرُّبُ بِنَذَرِهِ لَزِمَهُ الْوَفَاءُ مُطْلَقًا كَمَا مَنَعَ الْمُهَاجِرُونَ مِنَ الْعُودِ إِلَى دِيَارِهِمُ الَّتِي تَرَكُوهَا لِلَّهِ، وَإِنْ زَالَ الْمَعْنَى الَّذِي تَرَكُوهَا لِأَجْلِهِ فَإِنْ تَرَكَ شَيْئًا لِلَّهِ يَمْتَنِعُ فِيهِ الْعُودُ مُطْلَقًا، وَإِنْ كَانَ بِسَبَبٍ قَدْ يَتَغَيَّرُ، وَلِهَذَا نَهَى الْمُتَصَدِّقُ أَنْ يَشْتَرِيَ صَدَقَتَهُ، وَهَذَا أَحْسَنُ، وَقَدْ يَكُونُ جَدُّهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ لِحَظِّ هَذَا حَيْثُ خَصَّ صُورَةَ النَّهْرِ بِالْحِنْثِ مَعَ الْإِطْلَاقِ بِخِلَافِ غَيْرِهَا مِنَ الصُّورِ وَأَمَّا مَسْأَلَةُ الْحَلْفِ عَلَى الْعَيْنِ الْمَوْصُوفَةِ بِالصِّفَةِ فَإِنْ كَانَ ثُمَّ سَبَبٌ يَقْتَضِي اخْتِصَاصَ الْيَمِينِ بِحَالِ بَقَاءِ الصِّفَةِ لَمْ يَحْنُثْ بِالْكَلَامِ بَعْدَ زَوَالِهَا صَرَّحَ بِهِ فِي الْكَافِي وَالْمُحَرَّرِ فِيهِ كَمَسْأَلَتِنَا، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ مَسْأَلٌ:

مِنْهَا: لَوْ دُعِيَ إِلَى غَدَاءٍ فَحَلَفَ لَا يَتَغَدَّى، فَهَلْ يَحْنُثُ بِغَدَاءٍ غَيْرِ ذَلِكَ الْمُحْلُوفِ بِسَبَبِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ وَجَزَمَ الْقَاضِي فِي الْكِفَايَةِ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ بِعَدَمِ الْحِنْثِ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا رَأَيْتُ مُنْكَرًا إِلَّا رَفَعْتُهُ إِلَى فَلَانٍ الْقَاضِي، فَعَزَلَ فَهَلْ تَنْحَلُّ بِمَعْنَاهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَفِي التَّرْغِيبِ وَإِنْ كَانَ السَّبَبُ أَوْ الْقَرَأْنُ تَقْتَضِي حَالَةَ الْوَلَايَةِ اخْتِصَاصًا بِهَا، وَإِنْ كَانَتْ تَقْتَضِي الرِّفْعَ إِلَيْهِ بِعَيْنِهِ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ مُرْتَكِبُ الْمُنْكَرِ قَرَابَةً الْوَالِي مَثَلًا وَقَصَدَ إِعْلَامَهُ بِذَلِكَ لِأَجْلِ قَرَابَتِهِ، وَذَكَرَ الْوَلَايَةَ تَعْرِيفًا، تَتَنَاوَلُ الْيَمِينَ حَالَ الْوَلَايَةِ وَالْعَزَلَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَلَالَةً بِحَالِ فَهَلْ يَبْرُفَعُ إِلَيْهِ بَعْدَ الْعَزْلِ وَيَحْنُثُ بِتَرْكِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، فَإِنْ كَانَتْ بِمَعْنَاهُ رَفَعَهُ إِلَى الْوَالِي مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ، فَهَلْ يَتَعَيَّنُ الْمَنْصُوصُ فِي الْحَالِ أَمْ يَبْرَأُ بِالرِّفْعِ إِلَى كُلِّ مَنْ يُنْصَبُ بَعْدَهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، لِتَرَدُّدِ الْأَلْفِ وَاللَّامِ بَيْنَ تَعْرِيفِ الْعَهْدِ وَالْجِنْسِ، وَلَوْ عَلِمَ بِمُنْكَرٍ بَعْدَ عِلْمِ الْوَالِي احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْبِرَّ قَدْ فَاتَ كَمَا لَوْ رَأَاهُ مَعَهُ. وَالثَّانِي: لَمْ يَفُتْ، لِأَنَّ صُورَةَ الرِّفْعِ مُمَكِّنَةٌ، ثُمَّ

عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ يُخْرَجُ عَلَى مَا إِذَا تَبَدَّدَ الْمَاءُ الَّذِي فِي الْكُوزِ بَعْدَ حَلْفِهِ عَلَى شُرْبِهِ، أَوْ أَبْرَاهُ مِنَ الدِّينِ بَعْدَ حَلْفِهِ عَلَى قَضَائِهِ، وَفِيهِ وَجْهَانِ انْتَهَى. فَجُعِلَ مَجْلُ الْوَجْهَيْنِ إِذَا انْتَفَتِ الْقَرَائِنُ وَالِدَلَالَةُ بِالْكُلِّيَّةِ، وَمَعَ دَلَالَةِ الْحَالِ وَالسَّبَبِ يَخْتَصُّ الرَّفْعُ بِحَالَةِ الْوَلَايَةِ وَجْهًا وَاحِدًا.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ عَلَى عَبْدِهِ أَوْ زَوْجَتِهِ أَوْ لِعَرَمِهِ لَا يَخْرُجُ إِلَّا بِإِذْنِهِ، ثُمَّ بَاعَ الْعَبْدَ وَطَلَّقَ الزَّوْجَةَ وَوَفَّى الْغَرِيمَ، فَهَلْ تَنَحَّلُ بِعَيْتِهِ؟ عَلَى الْوَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَتْ لَهُ زَوْجَتُهُ: تَزَوَّجْتُ عَلَيَّ؟ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، فَإِنَّ الْمُخَاطَبَةَ تَطْلُقُ بِذَلِكَ نَصًّا عَلَيْهِ فِي رَوَايَةِ الْمُرُودِيِّ وَابْنِ هَانِيٍّ، وَكَذَلِكَ نَقَلَ عَنْهُ أَبُو دَاوُدَ السَّجِسْتَانِيُّ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَقِيلَ لَهُ: إِنَّ لَكَ غَيْرَهَا فَقَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ فَسَكَتَ، فَقِيلَ: إِلَّا فُلَانَةً، فَقَالَ: إِلَّا فُلَانَةً، فَإِنْ لَمْ أَعْنِهَا، فَأَبَى أَنْ يُقْتَى فِيهِ، وَهَذَا تَوَقُّفٌ مِنْهُ، وَخَرَجَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي عُمْدِ الْأَدِلَّةِ الْمَسْأَلَةَ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

* * *

القاعدة الخامسة والعشرون بعد المائة:

النِّيَّةُ تَعْمُ الْخَاصَّ وَتُخَصِّصُ الْعَامَّ بِغَيْرِ خِلَافٍ فِيهَا، وَهَلْ تُقَيَّدُ الْمُطْلَقُ أَوْ تَكُونُ اسْتِثْنَاءً مِنَ النَّصِّ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ فِيهَا، فَهَذِهِ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ:

أَمَّا الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: فَلَهُ صُورٌ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: لَوْ حَلَفَ عَلَى زَوْجَتِهِ لَا تَرَكَتْ هَذَا الصَّبِيَّ يَخْرُجُ فَخَرَجَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهَا، فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ مُهْنًا أَنَّهُ إِنْ نَوَى أَنْ لَا يَخْرُجَ مِنَ الْبَابِ فَخَرَجَ فَقَدْ حَنَثَ وَإِنْ كَانَ نَوَى أَنْ لَا تَدْعَهُ لَمْ يَحْنَثْ، لِأَنَّهَا لَمْ تَدْعَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: إِنْ رَأَيْتُكَ تَدْخُلِينَ هَذِهِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ مُهْنًا أَنَّهُ وَإِنْ أَرَادَ أَنْ لَا تَدْخُلَهَا بِالْكُلِّيَّةِ فَدَخَلَتْ وَلَمْ يَرَهَا حَنَثَ، وَإِنْ كَانَ نَوَى إِذَا رَأَاهَا فَلَا يَحْنَثُ حَتَّى يَرَاهَا تَدْخُلُهَا. وَقَرَّرَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ أَنَّ هَذَا اللَّفْظَ وَنَحْوَهُ مَوْضُوعٌ فِي الْعُرْفِ لِعُمُومِ الْامْتِنَاعِ وَكَذَلِكَ ابْنُ عَقِيلٍ، فَعَلَى هَذَا لَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةِ الْعُمُومِ بَلْ إِذَا أَطْلَقَ اقْتَضَى الْامْتِنَاعُ مِنْ شُرْبِ الْمَاءِ فَمَا فَوْقَهُ خَاصَّةً، وَصَرَّحَ بِهِ ابْنُ عَقِيلٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذَا الْبَيْتَ يُرِيدُ هِجْرَانَ قَوْمٍ فَدَخَلَ عَلَيْهِمْ بَيْتًا آخَرَ حَنَثَ نَصًّا عَلَيْهِ فِي رَوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى الْكَحَّالِ.

وَمِنْهَا: فَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْرَبُ لَهُ الْمَاءَ وَنَوَى الْامْتِنَاعَ مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ حَيْثُ يَتَنَاوَلُ كُلُّ مَا يَمْلِكُهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ أَنْ لَا يَضْرِبَهُ وَتَوَى أَنْ لَا يُؤْلِمَهُ حَيْثُ يَكُلُّ مَا يُؤْلِمُهُ مِنْ خَنْقٍ وَعَضٍّ وَغَيْرِهِمَا نَصٌّ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ امْرَأَتَهُ يَقْصِدُ هِجْرَانَهَا بِذَلِكَ حَيْثُ يُوْطِنُهَا، أَوْ مَا إِلَيْهِ أَحْمَدُ.

وَمِنْهَا: لَوْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ طَلْقَةً رَجْعِيَّةً وَحَلَفَ لَا رَاجِعَتَهَا وَأَرَادَ الْامْتِنَاعَ مِنْ عَوْدِهَا إِلَيْهِ مُطْلَقًا حَيْثُ يَتَزَوَّجُهَا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ بَعْدَ الْبَيْنُونَةِ نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ عَلَى زَوْجَتِهِ لَا خَرَجَتْ مِنْ بَيْتِهِ لِتَهْتَبُوَ وَلَا تَعْزِيُوَ، وَنَوَى أَنْ لَا تَخْرُجَ أَصْلًا، هَلْ يَحْنُ بِخُرُوجِهَا لِغَيْرِ تَهْتَبُوَ وَلَا تَعْزِيُوَ؟ فَذَكَرَ الْقَاضِي فِي بَعْضِ تَعَالِيْقِهِ أَنَّهُ تَوَقَّفَ فِيهَا، وَأَنَّ الْقَاضِي أَبَا الطَّيِّبِ الطَّبْرِيَّ مِنَ الشَّافِعِيَّةِ قَالَ لَهُ: مُقْتَضَى مَذْهَبِكُمْ أَنَّهُ لَا يَحْنُ، لِأَنَّ الْغَرَضَ يَخْتَلِفُ فِي الْخُرُوجِ، وَلَا يُوجَدُ الْمَقْصُودُ فِي كُلِّ خُرُوجٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَصَدَ قَطَعَ الْمِنَّةَ، فَإِنَّ الْمِنَّةَ تُوْجَدُ فِي غَيْرِ الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ. قُلْتُ: وَالصَّوَابُ الْجَزْمُ بِالْحَنْثِ هَاهُنَا مُطْلَقًا، وَعَلَيْهِ يَدُلُّ نَصُّ أَحْمَدَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ الْأُولَتَيْنِ الْمَذْكُورَتَيْنِ هَاهُنَا، وَلَا يُشِبُّهُ هَذَا الْمَحْلُوفُ لَا يَلْبَسُ مِنْ غَزْلِهَا يَقْصِدُ قَطَعَ الْمِنَّةَ فَإِنَّهُ لَا يَحْنُ بِالْإِنْتِفَاعِ بِغَيْرِ الْغَزْلِ وَثَمَنِهِ مِنْ أَمْوَالِهَا، لِأَنَّ الْعُمُومَ هُنَاكَ يُسْتَفَادُ مِنَ السَّبَبِ، وَهُنَا يُسْتَفَادُ مِنَ النِّتَةِ فَهُوَ أَبْلَغُ.

وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّانِي: فَصُورُهُ كَثِيرَةٌ جِدًّا:

مِنْهَا: أَنْ يَقُولَ نِسَائِي طَوَّلْتُ وَيَسْتَتْنِي بِقَلْبِي وَاحِدَةً، أَوْ يَحْلِفُ لَا يُسَلِّمُ عَلَى زَيْلٍ فَسَلَّمَ عَلَى جَمَاعَةٍ هُوَ فِيهِمْ وَيَسْتَتْنِي بِقَلْبِي، وَوَقَعَ فِي كَلَامِ الْقَاضِي وَأَبْنِ عَقِيلٍ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَا يَقْتَضِي حِكَايَةَ رَوَايَتَيْنِ فِي حَنْثِهِ فِي مَسْأَلَةِ السَّلَامِ، وَتَأَوَّلَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي تَعْلِيْقِهِ عَلَى الْهَدَايَةِ، عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ هَلْ يُقْبَلُ مِنْهُ دَعْوَى إِرَادَةِ ذَلِكَ أَمْ لَا، قَالَ: وَقَدْ صَرَّحَا بِذَلِكَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنْ كِتَابَيْهِمَا.

وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ عَلَى فُلَانٍ بَيْتًا فَدَخَلَ بَيْتًا هُوَ فِيهِ مَعَ جَمَاعَةٍ وَنَوَى بِدُخُولِهِ غَيْرَهُ، هَلْ يَحْنُ؟ خَرَجَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَأَبُو الْخَطَّابِ عَلَى وَجْهَيْنِ فِي مَسْأَلَةِ السَّلَامِ، قَالَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ: وَعِنْدِي فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ الدُّخُولَ فِعْلٌ حِسِّيٌّ لَا يَتَمَيَّزُ بِخِلَافِ السَّلَامِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ لِرِزْوَجَتِهِ: إِنَّ لَيْسَتْ ثَوْبًا فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَقَالَ: أَرَدْتُ أَحْمَرَ، وَقَالَ: إِنَّ لَيْسَتْ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ فِي

هَذِهِ السَّنَةُ، فَالْجُمْهُورُ مِنَ الْأَصْحَابِ عَلَى أَنَّهُ يَدِينُ فِي ذَلِكَ فِي قَبُولِهِ الْحُكْمَ رَوَاتَانِ. وَشَدَّ طَائِفَةٌ فَحَكَمُوا الْخِلَافَ فِي تَدْيِينِهِ فِي الْبَاطِنِ، مِنْهُمْ الْحُلَوَانِيُّ وَأَبْنُهُ وَكَذَلِكَ وَقَعَ فِي مَوْضِعٍ مِنْ مُفْرَدَاتِ ابْنِ عَقِيلٍ فِي الْإِيمَانِ، وَكَذَلِكَ وَقَعَ لِلْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ، قَالَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ: وَهُوَ سَهْوٌ، وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الْحَيْلِ: أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمُخَصَّصُ بِالنِّبَةِ مَلْفُوظًا صَحَّ تَخْصِيصُهُ وَإِلَّا فَلَا. فَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ شَيْئًا أَبَدًا وَتَوَى بِهِ اللَّحْمَ قُبُلًا، وَإِنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ وَتَوَى اللَّحْمَ لَمْ تَنْفَعْ نِيَّتُهُ، لِأَنَّهُ خَصَّصَ مَا لَيْسَ فِي لَفْظِهِ، وَحَمَلَ حَنْبَلٌ اخْتِلَافَ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي قَبُولِ دَعْوَى خِلَافِ الظَّاهِرِ فِي الْيَمِينِ عَلَى اخْتِلَافِ حَالَيْنِ لَا عَلَى اخْتِلَافِ قَوْلَيْنِ، وَذَكَرَ السَّامِرِيُّ فِي فُرُوقِهِ: أَنَّ الْمُنَوِيَّ إِنْ كَانَ يَرْفَعُ مُقْتَضَى الْحُكْمِ بِالْكُلِّيَّةِ كَالِاسْتِثْنَاءِ بِالْمَشِيئَةِ فِي الْيَمِينِ بِاللَّهِ أَوْ حَيْثُ يَنْفَعُ لَمْ يَصَحَّ بِالنِّبَةِ إِلَّا مَعَ الظُّلْمِ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ حَرْبٍ عَلَى صِحَّةِ اسْتِثْنَاءِ الْمَظْلُومِ فِي نَفْسِهِ بِالْمَشِيئَةِ، لِأَنَّهَا تَرْفَعُ الْحُكْمَ بِالْكُلِّيَّةِ فَهُوَ، كَالنَّسْخِ، فَلَا يَصَحُّ بِالنِّبَةِ إِلَّا مَعَ الْعُدْرِ، بِخِلَافِ شُرُوطِ الطَّلَاقِ وَنَحْوِهَا، فَإِنَّهَا تَصَحُّ بِالنِّبَةِ مُطْلَقًا، لِأَنَّهَا مُخَصَّصَةٌ لَا رَافِعَةٌ.

وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّلَاثُ: فَلَهُ صُورَةٌ:

مِنْهَا: إِذَا نَذَرَ الصَّدَقَةَ بِمَالٍ وَتَوَى فِي نَفْسِهِ قَدْرًا مُعَيَّنًا، فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ مَا نَوَاهُ، وَخَرَجَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي تَعْلِيلِهِ عَلَى الْهَدَايَةِ لِلزُّومِ قَالَ: وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِيمَنْ نَذَرَ صَوْمًا أَوْ صَلَاةً وَتَوَى فِي نَفْسِهِ أَكْثَرَ مِمَّا يَتَنَاوَلُهُ اللَّفْظُ أَنَّهُ يَلْزَمُ مَا نَوَاهُ، وَهَذَا مِثْلُهُ، وَكَذَلِكَ رَجَّحَ ابْنُ عَقِيلٍ الزُّومَ فِيمَا نَوَى فِي الْجَمِيعِ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ صَاحِبُ الْكَافِي أَنَّهُ لَوْ حَلَفَ لِيَأْكُلَنَّ لَحْمًا أَوْ فَاكِهَةً أَوْ لِيَشْرَبَنَّ مَاءً أَوْ لِيَكَلَّمَنَّ رَجُلًا أَوْ لِيَدْخُلَنَّ دَارًا وَأَرَادَ يَمِينُهُ مُعَيَّنًا تَعَلَّقَتْ يَمِينُهُ بِهِ دُونَ غَيْرِهِ، وَإِنْ نَوَى الْفِعْلَ فِي وَقْتٍ بَعَيْنِهِ اخْتَصَّ بِهِ وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ خِلَافًا.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ وَتَوَى ثَلَاثًا فَهَلْ يَلْزَمُهُ الثَّلَاثُ أَمْ لَا يَقَعُ بِهِ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدَةٍ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ. وَجَهُ الْقَوْلِ بِالزُّومِ الثَّلَاثُ: إِنَّ طَالِقًا اسْمٌ فَاعِلٌ، وَهُوَ صَادِقٌ عَلَى مَا قَامَ بِهِ الْفِعْلُ مَرَّةً وَآكْثَرَ، فَيَكُونُ مُحْتَمِلًا لِلْكَثْرَةِ فَيَنْصَرَفُ إِلَيْهَا بِالنِّبَةِ. وَرَأَيْتُ فِي كِتَابِ شَرْحِ الْقَوَافِي لِابْنِ جَنِّي أَنَّ الْأَفْعَالَ كُلَّهَا لِلْعُمُومِ، وَحَكَاهُ عَنْ أَبِي عَلِيٍّ وَهُوَ غَرِيبٌ، وَأَمَّا إِذَا قَالَ: ثَلَاثًا فَتَطَلَّقُ ثَلَاثًا لَكِنْ لَنَا فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ ثَلَاثًا صِفَةٌ بِمَصْدَرٍ مَحْذُوفٍ تَقْدِيرُهُ طَالِقًا ثَلَاثًا وَالْمَصْدَرُ يَتَضَمَّنُ الْعَدَدَ.

وَالثَّانِي: أَنَّ ثَلَاثًا صَالِحٌ لَا يَقَعُ الثَّلَاثُ مِنْ طَرِيقِ الْكِنَايَةِ، وَذَكَرَ الطَّلَاقَ يَقْرُرُ الْإِقْفَاعَ بِهَا، كِنْيَةُ الطَّلَاقِ، وَيَتَقَرَّعُ عَلَى الْمَأْخُذَيْنِ هَلْ وَقَعَ الثَّلَاثُ يَقُولُهُ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْتِ طَالِقٌ، أَمْ يَقُولُهُ ثَلَاثًا، وَلَوْ مَاتَتْ مَثَلًا فِي حَالِ قَوْلِهِ ثَلَاثًا هَلْ تَقَعُ الثَّلَاثُ أَوْ وَاحِدَةٌ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا فِي التَّرْغِيبِ، وَهَذَا إِنَّمَا يَتَوَجَّهُ عَلَى قَوْلِنَا: أَنَّهُ إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَنَوَى ثَلَاثًا أَنَّهُ يَقَعُ بِهِ الثَّلَاثُ، أَمَّا إِذَا قُلْنَا: لَا يَقَعُ الثَّلَاثُ بِالنِّيَّةِ لَمْ يَقَعِ الثَّلَاثُ إِلَّا يَقُولُهُ ثَلَاثًا بِغَيْرِ خِلَافٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى اسْمِ مُطْلَقٍ وَنَوَى تَعْيِينَهُ قَبْلَ الْعَقْدِ فَهَلْ يَصِحُّ أَمْ لَا؟ قَدْ سَبَقَ لَنَا أَنَّ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ وَجْهَيْنِ إِذَا قَالَ: زَوَّجْتُكَ بِشَيْءٍ وَلَهُ بَنَاتٌ وَنَوَى وَاحِدَةً مُعَيَّنَةً، وَإِنْ مَأْخُذَ الْبُطْلَانِ اشْتِرَاطُ الشَّهَادَةِ عَلَى النِّكَاحِ، وَهَذَا يَقْتَضِي صِحَّةَ سَائِرِ الْعُقُودِ الَّتِي لَا يُحْتَاجُ فِيهَا إِلَى الشَّهَادَةِ بِمِثْلِ ذَلِكَ. وَصَرَّحَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا بِشَمْنٍ مُطْلَقٍ فِي الذِّمَّةِ وَنَوَى نَقْدَهُ مِنَ الْمَالِ الْمَغْضُوبِ وَنَقْدَهُ مِنْهُ فَهَلْ يَكُونُ الْعَقْدُ بَاطِلًا كَمَا لَوْ وَقَعَ عَلَى عَيْنِ الْمَغْضُوبِ أَوْ يَكُونُ صَحِيحًا عَلَى رَوَايَتَيْنِ. وَإِنَّمَا خَرَجَ الْخِلَافُ فِي تَقْيِيدِ الْمُطْلَقِ بِالنِّيَّةِ دُونَ تَخْصِيصِ الْعَامِّ بِهَا، لِأَنَّ تَخْصِيصَ الْعَامِّ نَقْصٌ مِنْهُ وَقَصْرٌ لَهُ عَلَى بَعْضٍ مَدْلُولُهُ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالنِّيَّةِ وَالْإِرَادَةِ فَهِيَ الْمُخَصَّصَةُ حَقِيقَةً، وَإِنَّمَا تُسَمَّى الْأَدِلَّةُ الدَّالَّةُ عَلَى التَّخْصِيصِ مُخَصَّصَاتٍ لِذَلِكَ عَلَى الْإِرَادَةِ الْمُخَصَّصَةِ، وَهَذَا بِخِلَافِ تَقْيِيدِ الْمُطْلَقِ فَإِنَّهُ زِيَادَةٌ عَلَى مَدْلُولِهِ فَلَا تَثْبُتُ الزِّيَادَةُ بِالنِّيَّةِ الْمَجْرَدَةِ. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا يَنْتَقِضُ عَلَيْكُمْ بِتَعْمِيمِ الْخَاصِّ بِالنِّيَّةِ فَإِنَّهُ الزَّمَامُ زِيَادَةٌ عَلَى اللَّفْظِ بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ، قِيلَ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْخَاصَّ إِذَا أُريدَ بِهِ الْعَامُّ كَانَ نَصًّا عَلَى الْحُكْمِ فِي صُورَةٍ لِعِلَّةٍ، فَيَتَعَدَّى الْحُكْمُ إِلَى كُلِّ مَا وَجَدَتْ فِيهِ تِلْكَ الْعِلَّةُ، وَهَذَا غَيْرُ مَوْجُودٍ فِي الْمُطْلَقِ إِذَا أُريدَ بِهِ بَعْضٌ مُقَيَّدَاتِهِ.

وَأَمَّا الْقِسْمُ الرَّابِعُ: فَلَهُ صُورَةٌ:

مِنْهَا: لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا وَاسْتَشْنَى بِقَلْبِهِ إِلَّا وَاحِدَةً. فَهَلْ يَلْزَمُهُ الثَّلَاثُ فِي الْبَاطِنِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَلْزَمُهُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ وَصَاحِبِ الْحُلُوفِيِّ.

وَالثَّانِي: يَقَعُ بِهِ الثَّلَاثَةُ فِي الْبَاطِنِ وَهُوَ الَّذِي جَزَمَ بِهِ السَّامِرِيُّ فِي فُرُوقِهِ، وَصَاحِبُ الْمُغْنِيِّ، وَاخْتَارَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ، لِأَنَّ النِّيَّةَ إِنَّمَا تَصَرَّفُ اللَّفْظَ إِلَى مُحْتَمَلٍ وَلَا احْتِمَالٍ فِي النَّصِّ الصَّرِيحِ، إِنَّمَا الْاحْتِمَالُ فِي الْعُمُومِ، وَيَشْهَدُ لَهُ قَوْلُ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ: النِّيَّةُ فِيمَا خَفِيَ لَيْسَ فِيمَا ظَهَرَ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: نِسَائِي الْأَرْبَعُ طَوَالِقُ وَاسْتَنْتَى بِقَوْلِهِ ثَلَاثَةٌ فِيهِ كَالَّتِي قَبْلَهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: كُلُّ عِبْلٍ لِي حُرٌّ وَاسْتَنْتَى بِقَوْلِهِ بَعْضَ عِيْدِهِ، فَذَكَرَ ابْنَ أَبِي مُوسَى فِي صِحِّهِ رَوَاتَيْنِ، وَلَكِنْ صِحَّةُ الِاسْتِثْنَاءِ هُنَا أَظْهَرُ، وَفِي كَلَامِ أَحْمَدَ فِي مَسْأَلَةِ الْأَشْقَاصِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ، لِأَنَّ كُلًّا وَإِنْ كَانَتْ مَوْضُوعَةٌ لَاسْتِغْرَاقٍ مَا يُضَافُ إِلَيْهِ، إِلَّا أَنَّهَا مِنْ صِبْغِ الْعُمُومِ الْقَابِلَةِ فِي الْجُمْلَةِ.

تَنْبِيْهُ حَسَنٌ: فَرَّقَ الْأَصْحَابُ بَيْنَ الْإِثْبَاتِ وَالتَّنْقِي فِي الْإِيمَانِ فِي مَسَائِلَ، وَقَالُوا فِي الْإِثْبَاتِ: لَا يَتَعَلَّقُ الْبُرُّ إِلَّا بِتَمَامِ الْمُسَمَّى، وَفِي الْحَنْثِ يَتَعَلَّقُ بِبَعْضِهِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَقَالُوا: الْإِيمَانُ تَحْمِلُ عَلَى عَرَفِ الشَّرْعِ وَالشَّارِعِ إِذَا نَهَى عَنْ شَيْءٍ تَعَلَّقَ النَّهْيُ بِجُمْلَتِهِ وَأَبْعَاضِهِ، وَإِذَا أَمَرَ بِشَيْءٍ لَمْ يَحْصُلِ الْإِمْتِنَانُ بِدُونِ الْإِتْيَانِ بِكَمَالِهِ. فَأَخَذَ الشَّيْخُ تَقْيِي الدِّينِ مِنْ هَذَا أَنَّ الْيَمِينَ فِي الْإِثْبَاتِ لَا تَعْمُ وَفِي التَّنْقِي تَعْمُ، كَمَا عَمَّتْ أَجْزَاءُ الْمُحْلُوفِ، قَالَ: وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ خِلَافِهِ أَنَّ السَّبَبَ يَقْتَضِي التَّعْمِيمَ فِي التَّنْقِي دُونَ الْإِثْبَاتِ. قَالَ الشَّيْخُ: وَهَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ فِي الْإِيمَانِ، وَقَرَّرَهُ بِأَنَّ الْمَفَاسِدَ يَجِبُ اجْتِنَابُهَا كُلُّهَا، بِخِلَافِ الْمَصَالِحِ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَجِبُ تَحْصِيلُ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْهَا، فَإِذَا وَجَبَ تَحْصِيلُ مَنْفَعَةٍ لَمْ يَجِبُ تَحْصِيلُ أُخْرَى مِثْلَهَا لِلِاسْتِغْنَاءِ عَنْهَا بِالْأَوَّلَى، وَكَلَامُهُ يَشْمَلُ التَّعْمِيمَ بِالنِّيَّةِ أَيْضًا، حَتَّى ذَكَرَ فِي الْعِلَّةِ الْمَنْصُوصَةِ فِي كَلَامِ الشَّارِعِ أَنَّهَا كَانَتْ فِي تَحْرِيمٍ تَعَدَّتْ بِالْقِيَاسِ إِلَى غَيْرِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ بِالْعِلَّةِ، وَإِنْ كَانَتْ إِجْبَابًا لَمْ تَتَّعَدَّ، وَذَكَرَ أَنَّ هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ.

وَحَكَى عَنْ أَبِي الْخَطَّابِ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَوْجِبَتْ كُلُّ يَوْمٍ أَكْلَ السُّكَّرِ، لِأَنَّهُ حُلُوٌّ وَجَبَ أَكْلُ كُلِّ حُلُوٍّ، ثُمَّ قَالَ: وَهَذَا بَعِيدٌ، بَلِ الَّذِي يُقَالُ إِنَّهُ يَجِبُ كُلُّ يَوْمٍ أَكْلُ شَيْءٍ مِنَ الْحُلُوِّ كَأَنَّا مَا كَانَ، قَالَ: وَفِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّهُ يُبْطَلُ إِجْبَابُ السُّكَّرِ، وَعَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ يُرْفَعُ إِشْكَالٌ فِي مَسْأَلَةِ قَوْلِ السَّيِّدِ: أَعْتَقْتُ غَانِمًا لِسَوَادِهِ، وَأَنَّهُ لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ كُلُّ أَسْوَدٍ كَمَا هُوَ قَوْلُ الْجُمْهُورِ، خِلَافًا لِمَا ذَكَرَهُ أَبُو الْفَتْحِ الْحُلَوَانِيُّ وَأَبُو الْخَطَّابِ.

* * *

القاعدة السادسة والعشرون بعد المائة:

الصُّورُ الَّتِي لَا تَقْصِدُ مِنَ الْعُمُومِ عَادَةً إِمَّا لِنُدُورِهَا أَوْ لِاخْتِصَاصِهَا بِمَانِعٍ لَكِنْ يَشْمَلُهَا اللَّفْظُ مَعَ اعْتِرَافِ الْمُتَكَلِّمِ بِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ إِدْخَالُهَا فِيهِ هَلْ يُحْكَمُ بِدُخُولِهَا أَمْ لَا؟ فِي الْمَسْأَلَةِ خِلَافٌ، وَيَتَرَجَّحُ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ الدُّخُولُ وَفِي بَعْضِهَا عَدَمُهُ بِحَسَبِ قُوَّةِ الْقَرَائِنِ

وَضَعْفُهَا، وَيَخْرُجُ عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: إِذَا قِيلَ تَزَوَّجْتَ عَلَى امْرَأَتِكَ فَقَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ طَالِقٌ هَلْ تَطْلُقُ الْمَرْأَةُ الْمُخَاطَبَةُ أَمْ لَا إِذَا قَالَ: لَمْ أَرُدَّهَا؟ وَقَدْ سَبَقَ أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ تَارَةً عَلَى أَنَّهَا تَطْلُقُ وَتُوقَفُ فِيهَا أُخْرَى. وَخَرَجَهَا ابْنُ عَقِيلٍ عَلَى رَوَاتَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَذَفَ أَبَاهُ إِلَى آدَمَ وَحَوَاءَ، فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ حَرْبٍ أَنْ عَلَيْهِ حَدًّا وَاحِدًا وَلَمْ يَجْعَلْهُ رَدَّةً عَنِ الْإِسْلَامِ، لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ دُخُولَ الْأَنْبِيَاءِ فِي ذَلِكَ وَلَا يَقْصِدُ ذَلِكَ مُسْلِمٌ، وَخَرَجَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ ابْنُ تَيْمِيَّةٍ فِيهَا وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ رَدَّةٌ مِنَ الْمَسْأَلَةِ الْآتِيَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: عَصَيْتُ اللَّهَ فِيمَا أَمَرَنِي بِهِ هَلْ يَكُونُ يَمِينًا؟ قَالَ الْقَاضِي: لَيْسَ بِيَمِينٍ، لِأَنَّ الْمَشْهُورَ تَخْصِيصُ الْمَعَاصِي بِالنُّتُوبِ دُونَ الْكُفْرِ وَقَالَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ: عِنْدِي أَنَّهُ يَمِينٌ لِدُخُولِ التَّوْحِيدِ فِيهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ لِعَبِيدِهِ وَهُمْ عِنْدَهُ: أَنْتُمْ أَحْرَارٌ، وَكَانَ فِيهِمْ أُمٌّ وَلَدِيهِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِهَا وَلَمْ يُرِدْ عِتْقَهَا، هَلْ تُعْتَقُ أَمْ لَا؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ حَكَاهُمَا أَبُو بَكْرٍ وَابْنُ أَبِي مُوسَى. وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى عِتْقِهَا فِي رِوَايَةِ ابْنِ هَانِيٍّ وَغَيْرِهِ، وَشَبَّهَهَا فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ حَسَّانَ بِمَنْ نَادَى امْرَأَةً لَهُ فَأَجَابَتْهُ أُخْرَى فَطَلَّقَهَا يَظُنُّهَا الْمُنَادَاةَ، وَقَالَ: تَطْلُقُ هَذِهِ بِالْإِجَابَةِ وَتِلْكَ بِالتَّسْمِيَةِ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ أَعْنِي مَسْأَلَةَ الْمُنَادَاةِ فِيهَا رَوَاتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: تَطْلُقُ الْمُنَادَاةُ وَحَدَاها نَقَلَهَا مَهْنًا وَهِيَ اخْتِيَارُ الْأَكْثَرِينَ كَأَبِي بَكْرٍ وَابْنِ حَامِدٍ وَالْقَاضِي فَيَتَعَيَّنُ تَخْرِيجُ رِوَايَةٍ فِي أُمِّ الْوَلَدِ أَنَّهَا لَا تُعْتَقُ مِنْهَا، وَعَلَى الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ: تَطْلُقُ الْمُنَادَاةُ وَالْمُجِيبَةُ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ حَسَّانَ أَنَّهُمَا يُطْلَقَانِ جَمِيعًا فِي الْبَاطِنِ. وَالظَّاهِرُ، كَمَا يَقُولُ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ إِذَا لَقِيَ امْرَأَةً يَظُنُّهَا أَجْنَبِيَّةً فَطَلَّقَهَا فَإِذَا هِيَ زَوْجَتُهُ، أَنَّ زَوْجَتَهُ تَطْلُقُ ظَاهِرًا أَوْ بَاطِنًا.

وَزَعَمَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ أَنَّ الْمُجِيبَةَ لَيْسَ بِظَاهِرٍ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْمُطْلَقَةِ الَّتِي يَعْتَقِدُهَا أَجْنَبِيَّةً أَنَّ الطَّلَاقَ هَاهُنَا صَادَفَ مَحَلًّا فَفَدَّ فِيهِ وَهُوَ الْمُنَادَاةُ فَلَا يُحْتَاجُ إِلَى مَحَلٍّ آخَرَ، بِخِلَافِ طَلَاقٍ مَنْ يَعْتَقِدُهَا أَجْنَبِيَّةً، فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يَقَعْ بِهَا لِلْغَيِّ الطَّلَاقُ الصَّادِرُ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ وَلَا سَبِيلَ إِلَيْهِ، وَقَدْ أَشَارَ أَحْمَدُ إِلَى مَعْنَى هَذَا الْفَرْقِ وَسَدَّكَرُهُ فِيمَا بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يُسَلِّمُ عَلَى فَلَانٍ فَسَلَّمَ عَلَى جَمَاعَةٍ هُوَ فِيهِمْ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِمَكَانِهِ وَلَمْ

يُرَدُّهُ بِالسَّلَامِ، فَحَكَى الْأَصْحَابُ فِي حَيْثِهِ الرَّوَايَتَيْنِ، وَيُسَبِّهُ تَخْرِيجَهُمَا عَلَى مَسْأَلَةٍ مَنْ حَلَفَ لَا يَفْعَلُ فَفَعَلَهُ جَاهِلًا بِأَنَّهُ الْمَحْلُوفُ عَلَيْهِ، وَالْمَنْصُوصُ هَاهُنَا عَنْ أَحْمَدَ الْحِنْثُ فِي رِوَايَةِ مُهْنًا، حَتَّى فِيمَا إِذَا كَانَ الْمَحْلُوفُ عَلَيْهِ مُسْتَتِرًا بَيْنَ الْقَوْمِ بِرَايَةٍ فِي الْمَسْجِدِ وَهُوَ لَا يَرَاهُ. وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ إِنْ كَانَ وَحْدَهُ فَسَلَّمَ عَلَيْهِ وَهُوَ لَا يَعْرِفُهُ حِنْثٌ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَ جَمَاعَةٍ وَهُوَ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ لَمْ يَحِنْثُ، لِأَنَّهُ أَرَادَ الْجَمَاعَةَ، وَهَذَا يُسَبِّهُ مَا تَقَدَّمَ فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الْمُنَادَاةِ إِذَا أَجَابَتْ غَيْرَهَا، وَبَيْنَ مَنْ يُطَلِّقُهَا يَعْتَقِدُهَا أَجْنَبِيَّةً، فَإِنَّ الْمَحْلُوفَ عَلَيْهِ لَمْ يَقْصِدِ السَّلَامَ عَلَيْهِ بِالْكُلِّيَّةِ، وَهَنَّاكَ مَنْ يَصْبَحُ قَصْدُهُ وَغَيْرُهُ، فَانْصَرَفَ السَّلَامُ إِلَيْهِ دُونَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ وَحْدَهُ فَالْمَحْلُوفُ عَلَيْهِ وَجَدَ وَلَكِنْ مَعَ الْجَهْلِ بِهِ، وَقَدْ تَأَوَّلَ الْقَاضِي رِوَايَةَ أَبِي طَالِبٍ هَذِهِ عَلَى أَنَّهُ أَخْرَجَهُ بِالنِّيَّةِ مِنَ السَّلَامِ وَلَا يَصِحُّ، لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِحُضُورِهِ بَيْنَهُمْ، فَكَيْفَ يَسْتَنِيهِ بِالنِّيَّةِ؟

وَمِنْهَا: لَوْ وَقَفَ الْمُسْلِمُ عَلَى قَرَابَتِهِ أَوْ أَهْلِ قَرْبَتِهِ أَوْ وَصَى لَهُمْ وَفِيهِمْ مُسْلِمُونَ وَكُفَّارٌ لَمْ يَتَنَاوَلَ الْكُفَّارَ حَتَّى يُصْرَحَ بِدُخُولِهِمْ نَصًّا عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ وَأَبِي طَالِبٍ، وَلَوْ كَانَ فِيهِمْ مُسْلِمٌ وَاحِدٌ وَالْبَاقِي كُفَّارٌ فَقِي الْاِقْتِصَارِ عَلَيْهِ وَجِهَانِ، لِأَنَّ حَمْلَ اللَّفْظِ الْعَامِّ عَلَى وَاحِدٍ بَعِيدٌ جَدًّا.

وَمِنْهَا: لَوْ تَهَايَا الْمُعْتَقُ بَعْضُهُ هُوَ وَسَيِّدُهُ عَلَى مَنَافِعِهِ وَأَكْسَابِهِ، فَهَلْ يَدْخُلُ فِيهَا الْاِكْسَابُ النَّادِرَةُ كَالرُّكَازِ وَالْهَدِيَّةِ وَاللَّقْطَةِ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: مَا أَحَلَّ اللَّهُ عَلَيَّ حَرَامٌ وَلَهُ زَوْجَةٌ وَمَالٌ وَقَالَ: لَمْ أَرِدْ زَوْجَتِي فَهُوَ مُظَاهَرٌ، عَلَيْهِ كَفَّارَةُ الظَّهَارِ نَصًّا عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ، لِأَنَّ الزَّوْجَةَ أَشْهَرُ أَفْرَادِ الْحَلَالِ الَّذِي يَقْصِدُ تَحْرِيمَهُ، وَلَا يَنْصَرِفُ الذَّهْنُ ابْتِدَاءً إِلَى غَيْرِهِ، فَلَا يَصِحُّ إِخْرَاجُهُ مِنَ الْعُمُومِ بِعَدَمِ إِرَادَةِ دُخُولِهِ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ إِخْرَاجُهُ بِإِرَادَةِ عَدَمِ دُخُولِهِ. فَأَمَّا إِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ زَوْجَةٌ وَلَهُ مَالٌ فَهُوَ يَمِينٌ كَسَائِرِ تَحْرِيمِ الْمُبَاحَاتِ، وَإِذَا كَانَ لَهُ زَوْجَةٌ وَمَالٌ فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ ظَهَارٍ لَا غَيْرَ. نَصًّا عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ وَأَبِي طَالِبٍ فِي صُورَةٍ: كُلُّ مَا أَحَلَّ اللَّهُ عَلَيَّ حَرَامٌ. وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: يَجِبُ مَعَ كَفَّارَةِ الظَّهَارِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ لِدُخُولِ الْمَالِ فِي الْعُمُومِ. وَوَجْهُ الْقَاضِي نَصًّا عَلَيْهِ أَحْمَدُ بِتَوْجِيهَاتِ مُسْتَبْعَدَةٍ، وَعِنْدِي فِي تَخْرِيجِهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْمُتَبَادَرَ إِلَى الْأَفْهَامِ مِنْ تَحْرِيمِ الْحَلَالِ تَحْرِيمُ الزَّوْجَةِ دُونَ الْأَمْوَالِ، فَإِنَّهَا لَا تُقْصَدُ بِالتَّحْرِيمِ فَلَا تَدْخُلُ فِي الْعُمُومِ لِكُونِهَا لَا تُقْصَدُ عَادَةً، فَتَكُونُ الْمَسْأَلَةُ حَيْثُ تَدْخُلُ فِي

صُورَةُ الْقَاعِدَةِ.

وَالثَّانِي: أَنْ تَكُونَ مُخَرَّجَةً عَلَى قَوْلِهِ بِتَدَاخُلِ الْإِيمَانِ، وَأَنْ مُوجِبَهَا وَاحِدٌ فَلِإِنَّ الْجِنْسَ هَاهُنَا وَاحِدٌ وَهُوَ تَحْرِيمُ الْحَلَالِ، فَصَارَ مُوجِبُهُ كَفَّارَةً وَاحِدَةً، ثُمَّ تَعَيَّنَتْ بِكَفَّارَةِ الظَّاهِرِ لِدُخُولِ كَفَّارَةِ الْيَمِينِ فِيهَا مِنْ غَيْرِ عَكْسٍ.

* * *

الْقَاعِدَةُ السَّابِعَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ الْمِائَةِ:

إِذَا اسْتَنَدَ إِتْلَافُ أَمْوَالِ الْأَدَمِيِّينَ وَنَفُوسِهِمْ إِلَى مُبَاشَرَةٍ وَسَبَبٍ تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِالمُبَاشَرَةِ دُونَ السَّبَبِ إِلَّا إِذَا كَانَتْ المُبَاشَرَةُ مَبْنِيَّةً عَلَى السَّبَبِ وَنَاشِئَةً عَنْهُ، سَوَاءٌ كَانَتْ مُلْجِئَةً، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ المُبَاشَرَةُ وَالْحَالَةُ هَذِهِ لَا عُدْوَانَ فِيهَا بِالْكُلِّيَّةِ اسْتَقَلَّ السَّبَبُ وَحْدَهُ بِالضَّمَانِ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا عُدْوَانٌ شَارَكَتِ السَّبَبُ فِي الضَّمَانِ. فَالْأَقْسَامُ ثَلَاثَةٌ: وَمِنْ صُورِ الْقِسْمِ الْأَوَّلِ مَسَائِلُ: مِنْهَا: إِذَا حَقَرَ وَاحِدٌ بَثْرًا عُدْوَانًا ثُمَّ دَفَعَ غَيْرَهُ فِيهَا أَدَمِيًّا مَعْصُومًا أَوْ مَالًا لِمَعْصُومٍ فَسَقَطَ فَعَلَفَ الضَّمَانُ عَلَى الدَّافِعِ وَحْدَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ فَتَحَ قَفْصًا عَنْ طَائِرٍ فَاسْتَقَرَّ بَعْدَ فَتْحِهِ فَجَاءَ آخَرُ فَفَنَفَرَهُ الضَّمَانُ عَلَى الْمُتَفَرِّجِ وَحْدَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ رَمَى مَعْصُومًا مِنْ شَاهِقٍ فَتَلَقَّاهُ آخَرُ بِسَيْفٍ فَقَدَّهُ بِهِ فَالْقَاتِلُ هُوَ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ.

فَأَمَّا أَنْ لَوْ ضَرَبَ بَطْنَ امْرَأَةٍ فَالْقَتْلُ جَنِينًا وَفِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ فَضَرَبَهُ آخَرُ فَمَاتَ فَالْقَاتِلُ هُوَ الْأَوَّلُ وَعَلَيْهِ الْغُرَّةُ وَيُعْزَرُ الثَّانِي، لِأَنَّ الضَّارِبَ لَيْسَ بِمُسَبِّبٍ بَلْ هُوَ مُبَاشِرٌ لِلْقَتْلِ فَلِذَلِكَ لَزِمَهُ الضَّمَانُ.

وَكَذَلِكَ لَوْ رَمَى بِهِ صَيْدًا فَأَصَابَ مَقْتَلَهُ ثُمَّ رَمَاهُ آخَرُ فَمَاتَ فَالْقَاتِلُ هُوَ الْأَوَّلُ فَيَبَاحُ الصَّيْدُ بِذَلِكَ وَالثَّانِي جَانٍ عَلَيْهِ فَيَضْمَنُ مَا خَرَقَ مِنْ جِلْدِهِ هَذَا قَوْلُ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ وَخَرَجَهُ طَائِفَةٌ عَلَى الْخِلَافِ فِي تَحْرِيمِ مَا سَقَطَ بَعْدَ الذَّبْحِ فِي بِنَاءٍ وَنَحْوِهِ لِإِعَانَتِهِ عَلَى قَتْلِهِ وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ تَحْرِيمُهُ هَاهُنَا فَيَضْمَنُ الثَّانِي قِيمَتَهُ كَامِلَةً وَيَسْقُطُ مِنْهَا قَدْرُ جُرْحِ الْأَوَّلِ. وَمِنْ صُورِ الْقِسْمِ الثَّانِي مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ قَدَّمَ إِلَيْهِ طَعَامًا مَسْمُومًا عَالِمًا بِهِ فَآكَلَهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْحَالِ، فَالْقَاتِلُ هُوَ الْمُقَدِّمُ، وَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ أَوْ الدِّيَّةُ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَتَلَ الْحَاكِمُ حَدًّا أَوْ قِصَاصًا بِشَهَادَةٍ ثُمَّ أَقَرَّ الشُّهُودُ أَنَّهُمْ تَعَمَّدُوا الْكَذِبَ فَالضَّمَانُ وَالْقَوْدُ عَلَيْهِمْ دُونَ الْحَاكِمِ. وَنَقَلَ أَبُو النَّصْرِ الْعِجْلِيُّ عَنْ أَحْمَدَ إِذَا رَجَعَ الْحَاكِمُ بِشَهَادَةِ أَرْبَعَةٍ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَرْجُومَ مَجْبُوبٌ فَالضَّمَانُ عَلَى الْحَاكِمِ وَهُوَ مُشْكِلٌ، لِأَنَّهُ قَدْ تَبَيَّنَ كَذِبُهُمْ بِالْعِيَانِ فَهُوَ كِإِقْرَارِهِمْ بِتَعَمُّدِ الْكَذِبِ، وَقَدْ يُفَرَّقُ بِأَنَّ الْمَجْبُوبَ لَا يُخْفَى أَمْرُهُ غَالِبًا فَالْإِقْدَامُ عَلَى رَجْمِهِ لَا يَخْلُو مِنْ تَفْرِيطٍ، وَإِنَّ الشُّهُودَ قَدْ يَشْتَبِهُ عَلَيْهِمْ فَلَا يَتَحَقَّقُ تَعَمُّدُهُمْ لِلْكَذِبِ وَأَمَّا إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّ الشُّهُودَ فَسَقَ أَوْ كَفَّارًا وَقُلْنَا: يُنْقَضُ الْحُكْمُ وَكَانَ الْحَقُّ لَادِمِيٍّ فَالضَّمَانُ عَلَى الْمَحْكُومِ لَهُ، وَإِنْ كَانَ لِلَّهِ تَعَالَى فَلَهُ حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَسْتَنِدَ الْحَاكِمُ فِي قَبُولِ الشَّهَادَةِ إِلَى تَرْكِيبَةٍ مِنْ زَكَاهُمْ وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُوهٍ:

أَحَدُهُمَا: الضَّمَانُ عَلَى الْمُزَكِّينَ قَالَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَصَحَّحَهُ صَاحِبُ الْكَافِي وَالْتِرْغِيبُ، لِأَنَّهُمْ أَلْجَأُوا الْحَاكِمَ إِلَى الْحُكْمِ، وَالْحَاكِمُ فَعَلَ مَا وَجِبَ عَلَيْهِ، وَالشُّهُودُ لَا يَعْتَرِفُونَ بِبُطْلَانِ شَهَادَتِهِمْ فَيَتَبَيَّنُ إِحَالَةُ الضَّمَانِ عَلَى الْمُزَكِّينَ.

وَالثَّانِي: الضَّمَانُ عَلَى الْحَاكِمِ وَحَدَّاهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي كِتَابِ الشَّهَادَاتِ: لِأَنَّهُ مُفَرِّطٌ بِالْحُكْمِ بِشَهَادَةٍ مِنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ، وَحُكْمُهُ يَخْتَصُّ بِالْمَحْكُومِ بِهِ، بِخِلَافِ التَّرْكِيبَةِ، فَإِنَّهَا لَا تَخْتَصُّ بِالْمَحْكُومِ بِهِ.

وَالثَّلَاثُ: يُخَيَّرُ الْمُسْتَحِقُّ بَيْنَ تَضْمِينِ مَنْ شَاءَ مِنَ الْحَاكِمِ وَالْمُزَكِّينَ وَالْقَرَارُ عَلَى الْمُزَكِّينَ قَالَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي كِتَابِ الْحُدُودِ، لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ وَجْهِ تَغْرِيمِ كُلِّ مِنْهُمَا فَيُخَيَّرُ الْمُسْتَحِقُّ وَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْمُزَكِّينَ لِلْإِجَائِهِمُ الْحَاكِمَ إِلَى الْحُكْمِ.

وَحُكْمِي عَنْ أَبِي الْخَطَّابِ وَجْهٌ رَابِعٌ: أَنَّ الضَّمَانَ عَلَى الشُّهُودِ كَمَا لَوْ رَجَعُوا عَنِ الشَّهَادَةِ وَلَا يَصِحُّ حِكَايَتُهُ عَنْهُ لِتَضَرُّعِهِ بِخِلَافِهِ، وَهُوَ غَيْرُ مُتَّجِهٍ، لِأَنَّهُمْ لَمْ يَعْتَرِفُوا بِبُطْلَانِ شَهَادَتِهِمْ وَلَا ظَهَرَ كَذِبُهُمْ، بِخِلَافِ الرَّاجِعِينَ عَنِ الشَّهَادَةِ. لَكِنْ ذَكَرَ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ رَوَايَةً أَنَّهُ لَا يُنْقَضُ الْحُكْمُ وَيُضْمَنُ الشُّهُودُ وَهَذَا ضَعِيفٌ جِدًّا. وَخَرَجَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي تَعْلِيلِهِ عَلَى الْهَدَايَةِ ضَمَانَ الشُّهُودِ مِنْ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ فِيمَا إِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ بِالزَّنَا ثُمَّ بَانُوا فَسَاقًا فَإِنَّهُمْ يُحَدُّونَ عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ وَإِنْ لَمْ يَعْتَرِفُوا بِبُطْلَانِ قَوْلِهِمْ، وَهَذَا تَخْرِيجٌ ضَعِيفٌ، لِأَنَّ الشَّهَادَةَ بِالزَّنَا قَدْ فُتِّ فِي الْمَعْنَى مُوجِبَةً لِلْحَدِّ فِي نَفْسِهَا، إِلَّا أَنْ يُوجَدَ مَعَهَا كَمَالُ النَّصَابِ الْمُعْتَبَرِ وَلَمْ يُوَجَدْ ذَلِكَ هُنَا، وَلِذَلِكَ يَجِبُ عَلَيْهِمْ حَدُّ الْقَذْفِ، سِوَاءِ اسْتَوْفَى مِنَ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ الْحَدَّ أَوْ لَا، وَلَيْسَ الْمُسْتَوْفَى مِنَ الشَّاهِدِ نَظِيرُ الْمُسْتَوْفَى مِنَ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا الشَّهَادَةُ بِالْمَالِ فَلَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا ضَمَانٌ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَنْشَأَ عَنْهَا غُرْمٌ ثُمَّ يَتَبَيَّنُ بَطْلَانُهَا إِمَّا بِإِفْرَارِ الشَّاهِدِ أَوْ يَتَبَيَّنُ كَذِبُهَا بِالْعَيَانِ، وَلَمْ يُوْجَدْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا.

وَالْحَالَةُ الثَّانِيَّةُ: أَنْ لَا يَكُونُ ثُمَّ تَرْكِيَّةٌ فَالضَّمَانُ عَلَى الْحَاكِمِ وَحْدَهُ، ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ وَالْأَصْحَابُ، لِتَفْرِيطِهِ بِقَبُولِ مَنْ لَا تَجُوزُ قَبُولُ شَهَادَتِهِ مِنْ غَيْرِ إِنْجَائِهِ لَهُ إِلَى الْقَبُولِ.

وَمِنْهَا: الْمُكْرَهُ عَلَى إِتْلَافِ مَالِ الْغَيْرِ وَفِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ عَلَى الْمُكْرَهُ وَحْدَهُ، لَكِنْ لِلْمُسْتَحِقِّ مَطَالَبَةُ الْمُتْلِفِ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمُكْرَهُ، لِأَنَّهُ مَعْدُورٌ فِي ذَلِكَ الْفِعْلِ فَلَمْ يَلْزَمَهُ الضَّمَانُ، بِخِلَافِ الْمُكْرَهُ عَلَى الْقَتْلِ فَإِنَّهُ غَيْرُ مَعْدُورٍ، فَلِهَذَا شَارَكَهُ فِي الضَّمَانِ، وَهَذَا جَزَمَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيِ عَنِ الْمُنْكَرِ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي عُمْدَةِ الْأَدِلَّةِ.

وَالثَّانِي: عَلَيْهِمَا بِالضَّمَانِ كَالدِّيَّةِ، صَرَّحَ بِهِ فِي التَّلْخِيصِ، وَذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي بَعْضِ تَعَالِيْقِهِ احْتِمَالًا، وَعَلَّلَ بِاشْتِرَاكِهِمَا فِي الْإِثْمِ، وَهَذَا تَصْرِيحٌ بِأَنَّ الْإِكْرَاهَ لَا يَبْسُغُ إِتْلَافَ مَالِ الْغَيْرِ، وَكَانَ فَرَضُ الْكَلَامِ فِي الْوَدِيعَةِ.

وَحَكَى احْتِمَالًا آخَرَ: أَنَّ الضَّمَانَ عَلَى الْمُتْلِفِ وَحْدَهُ، كَمَا لَوْ أَضْطُرَّ إِلَى طَعَامِ الْغَيْرِ فَكَلَّهُ، وَهَذَا ضَعِيفٌ جِدًّا، لِأَنَّ الْمُضْطَرَّ لَمْ يُلْجِئْهُ إِلَى الْإِتْلَافِ مَنْ يُحَالُ الضَّمَانُ عَلَيْهِ.

وَلَوْ أَكْرَهَ عَلَى تَسْلِيمِ الْوَدِيعَةِ إِلَى غَيْرِ الْمَالِكِ فَقَالَ الْقَاضِي: لَا ضَمَانَ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِتْلَافٍ. وَكَذَا ذَكَرَهُ فِي بَعْضِ تَعَالِيْقِهِ، وَصَرَّحَ بِهِ فِي الْمَجَرَّدِ مَفْرَقًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْإِكْرَاهِ عَلَى الْقَتْلِ بِأَنَّ الْقَتْلَ لَا يُعْذَرُ فِيهِ بِالْإِكْرَاهِ بِخِلَافِ هَذَا، وَهَذَا التَّعْلِيلُ يَشْمَلُ الْإِتْلَافَ أَيْضًا، وَتَابَعَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ وَصَاحِبُ الْمَغْنِيِّ وَالْقَاضِي فِي الْمَجَرَّدِ، وَفِي شَرْحِ الْهَدَايَةِ لِأَبِي الْبَرَكَاتِ الْمَذْهَبَ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ، كَمَا لَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ الدَّارَ فَدَخَلَهَا مُكْرَهًا، وَفِي الْفَتَاوَى الرَّجَبِيَّاتِ عَنْ أَبِي الْخَطَّابِ وَابْنِ عَقِيلٍ الضَّمَانُ مُطْلَقًا، لِأَنَّهُ اقْتَدَى بِهَا ضَرُورَةً، وَعَنْ ابْنِ الزَّاغُونِيِّ أَنَّهُ إِنْ أَكْرَهَ عَلَى التَّسْلِيمِ بِالْتَهْدِيدِ وَالْوَعِيدِ فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ وَلَا إِثْمٌ، وَإِنْ نَالَهُ الْعَذَابُ فَلَا إِثْمٌ وَلَا ضَمَانٌ.

وَأَشَارَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي مَسْأَلَةِ الْإِكْرَاهِ عَلَى الْأَكْلِ فِي الصَّوْمِ مِنْ شَرْحِ الْهَدَايَةِ إِلَى خِلَافِهِ فِي أَصْلِ جَوَازِ تَضْمِينِ الْمُكْرَهُ عَلَى إِتْلَافِ الْمَالِ، وَقَدْ ذَكَرَ صَاحِبُ الْمَغْنِيِّ فِي الْأَيْمَانِ أَنَّ الْمُحَرَّمَ إِذَا قَتَلَ صَبِيحًا مُكْرَهًا فَضَمَانُهُ عَلَى الْمُكْرَهُ لَهُ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ ابْنُ ثَوْبٍ عَلَى أَنَّ حَافِرَ الْبُئْرِ عُدْوَانًا إِذَا أَكْرَهَهُ السُّلْطَانُ عَلَى الْحَفْرِ لَمْ يَضْمَنْ، لَكِنْ هَذَا

إِكْرَاهُ عَلَى السَّبَبِ دُونَ الْمُبَاشَرَةِ، وَهَذِهِ التَّقُولُ الثَّلَاثَةُ تَرْجِعُ إِلَى أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ ابْتِدَاءَ مَنْ لَا يَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ الضَّمَانُ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ.

وَأَمَّا الْمُكْرَهُةُ عَلَى الْوَطْءِ فِي الْحَجِّ وَالصِّيَامِ إِذَا أَفْسَدْنَا حَجَّهَا وَصِيَامَهَا، فَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهَا الْكَفَّارَةُ فِي مَالِهَا أَوْ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا شَيْءٌ أَوْ يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ أَنْ يَتَحَمَّلَهَا عَنْهَا؟ ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ، وَتَأَوَّلَ بَعْضُهُمُ الْأَوَّلَى عَلَى أَنَّهَا تَرْجِعُ بِهَا عَلَى الزَّوْجِ.

وَالْمُكْرَهُةُ عَلَى حَلْقِ رَأْسِهِ فِي الْإِحْرَامِ تَجِبُ الْفِدْيَةُ عَلَى الْحَالِقِ فِي أَشْهُرِ الْوَجْهَيْنِ قَالَهُ أَبُو بَكْرٍ.

وَالْوَجْهَ الثَّانِي: تَجِبُ عَلَى الْمَحْلُوقِ وَيَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْحَالِقِ ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَجْهًا، لِأَنَّ حَلْقَ الشَّعْرِ كَالِإِتْلَافِ، وَلِهَذَا يَسْتَوِي عَمْدُهُ وَسَهْوُهُ عَلَى الْمَشْهُورِ.

وَمِنْ صُورِ الْقِسْمِ الثَّالِثِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الْمُكْرَهُةُ عَلَى الْقَتْلِ، وَالْمَذْهَبُ اشْتِرَاكُ الْمُكْرَهَةِ فِي الْقَوَدِ وَالضَّمَانِ، لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ لَيْسَ بِعُدْوٍ فِي الْقَتْلِ، وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي بَابِ الرَّهْنِ: أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ذَكَرَ أَنَّ الْقَوَدَ عَلَى الْمُكْرَهَةِ الْمُبَاشِرِ وَلَمْ يَذْكُرْ عَلَى الْمُكْرَهَةِ قَوْدًا، قَالَا: وَالْمَذْهَبُ وَجُوبُهُ عَلَيْهِمَا كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الشُّهُودِ الرَّاجِعِينَ إِذَا اعْتَرَفُوا بِالْعَمْدِ. وَقَدْ بَيَّنَّ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ كَلَامَ أَبِي بَكْرٍ، وَأَنَّهُ قَالَ فِي الْأَسِيرِ إِذَا أَكْرَهَهُ عَلَى قَتْلِ مُسْلِمٍ فَقَتَلَهُ: فَعَلَيْهِ الْقَوْدُ، وَهَاهُنَا الْمُكْرَهُةُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الضَّمَانِ، لِأَنَّهُ حَرْبِيٌّ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَذْكُرْ تَضْمِينَهُ، وَذَكَرَ ابْنُ الصَّبْرِ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ السَّمَرْقَنْدِيُّ مِنْ أَصْحَابِنَا خَرَجَ وَجْهًا أَنَّهُ لَا قَوْدَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ رِوَايَةِ امْتِنَاعِ قَتْلِ الْجَمَاعَةِ بِالْوَاحِدِ وَأَوَّلَى، لِأَنَّ السَّبَبَ هَاهُنَا غَيْرُ صَالِحٍ فِي وَاحِدٍ مِنْهُمَا، لِأَنَّ أَحَدَهُمَا مُتَسَبِّبٌ وَالْآخَرُ مُلْجَأٌ، وَفِي صُورَةِ الْإِشْتِرَاكِ هُمَا مُبَاشِرَانِ مُخْتَارَانِ.

وَمِنْهَا: الْمُتَمَسِّكُ مَعَ الْقَاتِلِ فَإِنَّهُمَا يَشْتَرِكَانِ فِي الضَّمَانِ وَالْقَوْدِ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَفِي الْآخَرَى يَخْتَصُّ الْمُبَاشِرُ بِهِمَا وَيُحْبِسُ الْمَاسِكُ حَتَّى يَمُوتَ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَفَرَ بَنَرًا عُدْوَانًا فِي الطَّرِيقِ فَوَضَعَ آخَرَ حَجَرًا إِلَى جَانِبِهَا فَهَلْ يَخْتَصُّ بِالضَّمَانِ الْوَاضِعُ جَعْلًا لَهُ كَالدَّافِعِ أَوْ يَشْتَرِكَانِ فِيهِ كَالْمُتَمَسِّكِ وَالْقَاتِلِ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ. وَلَوْ كَانَ الْحَافِرُ غَيْرَ مُتَعَدٍّ فَالضَّمَانُ عَلَى الْوَاضِعِ وَحْدَهُ، وَهِيَ مِنْ صُورِ الْقِسْمِ الثَّانِي.

وَمِنْهَا: لَوْ دَلَّ الْمُؤَدَّعُ لِصًّا عَلَى الْوَدِيعَةِ فَسَرَقَهَا فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا، ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي وَغَيْرُهُ، كَمَا لَوْ دَلَّ الْمُحْرِمُ مُحْرِمًا آخَرَ عَلَى صَيْدٍ فَقَتَلَهُ، وَلَوْ دَلَّ حَلَالًا فَالضَّمَانُ عَلَى

الْمُحْرَمِ وَحْدَهُ، وَهِيَ مِنْ صُورِ الْقِسْمِ الثَّانِي.
وَمِنْهَا: لَوْ أَحْرَمَ وَفِي يَدِهِ الْمَشَاهِدَةُ صَيْدٌ وَتَمَكَّنَ مِنْ إِرْسَالِهِ فَلَمْ يَفْعَلْ حَتَّى قَتَلَهُ مُحْرَمٌ
آخَرُ فَقَبِيهِ احْتِمَالَانِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي فِي الْمَجَرَّدِ:
أَحَدُهُمَا: الضَّمَانُ عَلَى الْقَاتِلِ، لِأَنَّهُ مُبَاشِرٌ وَالْأَوَّلُ مُتَسَبِّبٌ غَيْرُ مُلْجِئٍ.

وَالثَّانِي: الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا، عَلَى الْأَوَّلِ بِالْيَدِ وَعَلَى الثَّانِي بِالْمُبَاشَرَةِ. وَيَخْرُجُ عَلَى هَذَيْنِ
الْوَجْهَيْنِ كُلُّ مَنْ أَتْلَفَ عَيْنًا فِي يَدِ مَنْ هِيَ مَضْمُونَةٌ عَلَيْهِ بِالْيَدِ، هَلْ يَضْمَنُ الْمُتْلِفُ وَحْدَهُ
الْجَمِيعَ دُونَ صَاحِبِ الْيَدِ أَوْ يَجُوزُ تَضْمِينُ صَاحِبِ الْيَدِ وَيَرْجِعُ عَلَى الْمُتْلِفِ؟ وَفَرَضَ
الْقَاضِي فِي كِتَابِ التَّخْرِيجِ مَسْأَلَةَ الصَّيْدِ فِي حَالَيْنِ: صَادَ أَحَدُهُمَا فِي الْحَرَمِ صَيْدًا فَقَتَلَهُ
الْآخَرُ فِيهِ. وَذَكَرَ أَنَّ عَلَيْهِمَا جَزَاءَيْنِ كَامِلَيْنِ، أَحَدُهُمَا عَلَى الْقَاتِلِ بِقَتْلِهِ، وَالْآخَرُ عَلَى
الْمُمْسِكِ لِتَلْفِهِ فِي يَدِهِ قَبْلَ إِرْسَالِهِ، ثُمَّ يَرْجِعُ الَّذِي فِي يَدِهِ عَلَى الْقَاتِلِ بِمَا غَرِمَهُ، لِأَنَّهُ قَرَّرَ
عَلَيْهِ ضَمَانًا كَانَ قَادِرًا عَلَى التَّخْلُصِ مِنْهُ بِالْإِرْسَالِ، وَصَرَّحَ فِي أَثْنَاءِ الْمَسْأَلَةِ بِأَنَّ الْمَنْصُوبَ
إِذَا أَتْلَفَهُ مُتْلِفٌ فِي يَدِ الْعَاصِبِ كَانَ الْمَالِكُ مُخَيَّرًا فِي الْمُطَالَبَةِ لِمَنْ شَاءَ مِنْهُمَا.

* * *

القاعدة الثامنة والعشرون بعد المائة:

إِذَا اخْتَلَفَ حَالُ الْمَضْمُونِ فِي حَالِي الْجَنَايَةِ وَالسَّرَايَةِ. فَهَاهُنَا أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ:
أَحَدُهَا: أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا فِي الْحَالَيْنِ، لَكِنْ يَتَفَاوَتُ قَدْرُ الضَّمَانِ فِيهِمَا، فَهَلْ الْاِعْتِبَارُ
بِحَالِ السَّرَايَةِ أَوْ حَالِ الْجَنَايَةِ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ.

وَالْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ مُهْدَرًا فِي الْحَالَيْنِ فَلَا ضَمَانَ بِحَالٍ.
وَالثَّلَاثُ: أَنْ تَكُونَ الْجَنَايَةُ مُهْدَرَةً وَالسَّرَايَةُ فِي حَالِ الضَّمَانِ فَتُهْدَرُ تَبَعًا لِلْجَنَايَةِ بِالِاتِّفَاقِ.
وَالرَّابِعُ: أَنْ تَكُونَ الْجَنَايَةُ فِي حَالِ الضَّمَانِ وَالسَّرَايَةُ فِي حَالِ الْإِهْدَارِ، فَهَلْ يَسْقُطُ
الضَّمَانُ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

فَأَمَّا الْقِسْمُ الْأَوَّلُ فَلَهُ أَمْثَلَةٌ:

مِنْهَا: لَوْ جَرَحَ ذِمِّيًّا فَأَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ فَلَا قَوْدَ، وَهَلْ يَجِبُ فِيهِ دِيَّةٌ مُسْلِمٍ أَوْ دِيَّةٌ ذِمِّيٍّ؟^(١)
عَلَى وَجْهَيْنِ، اخْتَارَ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ وَجُوبَ دِيَّةِ ذِمِّيٍّ اِعْتِبَارًا بِحَالِ الْجَنَايَةِ، وَأَبْنُ
حَامِدٍ وَجُوبَ دِيَّةِ مُسْلِمٍ. وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى أَنَّهُ نَصَّ أَحْمَدَ، وَيَكُلُّ حَالٍ فَالْدِيَّةُ تَكُونُ

(١) الاعتبار هنا بحال الموت. الوسيط (٦/٢٨٣).

لِوَرَّثِهِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ أَرْضَ جُرْحِهِ حَيًّا فَمَلَكَهُ ثُمَّ أَسْلَمَ فَانْتَقَلَ مَا مَلَكَهُ إِلَى وَرَّثِهِ الْمُسْلِمِينَ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي الْإِتِّصَارِ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَرَحَ عَبْدًا ثُمَّ أَعْتَقَ ثُمَّ مَاتَ مِنَ الْجُرْحِ، فَهَلْ يَضْمَنُ بِقِيَمَتِهِ أَوْ بِدِيَّتِهِ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ، نَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ يَضْمَنُهُ بِقِيَمَتِهِ لَا بِالْأَدِيَّةِ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي خِلَافِهِ وَنَصَرَهُ الْقَاضِي فِي الْخِلَافِ أَيْضًا.

وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْهُ فِيمَنْ ضَرَبَ بَطْنَ أَمَةٍ فَأَعْتَقَتْ ثُمَّ أَسْقَطَتْ جَنِينًا حَيًّا ثُمَّ مَاتَ هُوَ حُرٌّ وَعَلَيْهِ دِيَّتُهُ، لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَجِبُ إِلَّا بِالْوِلَادَةِ وَهَذَا اخْتِيَارُ ابْنِ حَامِدٍ، وَحَكَى عَنْهُ الْقَاضِي أَنَّهُ يَجِبُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ أَوْ الدِّيَّةِ. وَحَكَى أَبُو الْخَطَّابِ عَنِ الْقَاضِي أَنَّ ابْنَ حَامِدٍ أَوْجَبَ دِيَّةَ حُرٍّ لِلْمَوْلَى مِنْهَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ نِصْفِ الدِّيَّةِ أَوْ نِصْفِ الْقِيَمَةِ وَالْبَاقِي لِوَرَّثِهِ. وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ احْتِمَالًا بِوُجُوبِ أَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْقِيَمَةِ أَوْ الدِّيَّةِ.

وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى أَنَّ الْمَنْصُوصَ فِي الذَّمِّ إِذَا أَسْلَمَ وَجُوبَ دِيَّةٌ مُسْلِمٍ وَفِي الْعَبْدِ إِذَا عَتَقَ قِيَمَةُ عَبْدٍ، ثُمَّ خَرَجَ الْمَسْأَلَةُ عَلَى رَوَاتَيْنِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ فَجَمِيعُ الْقِيَمَةِ لِلسَّيِّدِ ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ، لِأَنَّ السَّرَايَةَ لَا تُثَبِّتُ مُنْفَرَدَةً وَإِنَّمَا تَجِبُ تَابِعَةً لِلْجَنَايَةِ وَقَدْ ثَبَتَ أَرْضُ الْجُرْحِ لِلسَّيِّدِ حِينَ كَانَ الْمَجْرُوحُ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ، فَتَتَّبِعُ السَّرَايَةَ الْجَنَايَةَ وَيَكُونُ أَرْضُهَا لِمُسْتَحَقِّ أَرْضِ الْجَنَايَةِ وَهُوَ السَّيِّدُ، وَهَكَذَا لَوْ بَاعَهُ الْمَوْلَى بَعْدَ الْجُرْحِ ثُمَّ مَاتَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَالْقِيَمَةُ كُلُّهَا لِلأَوَّلِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي.

وَذَكَرَ ابْنُ الزَّاغُونِي فِي الْإِفْتِنَاحِ فِيمَا إِذَا قَطَعَ يَدَيَّ عَبْدٍ وَقِيَمَتُهُ أَلْفَا دِينَارٍ فَأَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ ثُمَّ مَاتَ احْتِمَالَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْأَلْفَيْنِ بَيْنَ السَّيِّدِ وَالْوَرَّةِ نِصْفَيْنِ تَوَزِعًا لِلْقِيَمَةِ عَلَى السَّرَايَةِ وَالْجَنَايَةِ. وَالثَّانِي: يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ثَلَاثًا، لِأَنَّ لِلسَّيِّدِ مَا يُقَابِلُ الْيَدَيْنِ وَهُوَ كَمَالُ الدِّيَّةِ، وَلِلْوَرَّةِ كَمَالُ الدِّيَّةِ وَهُوَ بِقَدْرِ نِصْفِ الْقِيَمَةِ، وَلَا قِصَاصَ عَلَى الْحُرِّ الْمُسْلِمِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَالَّتِي قَبْلَهَا، لِإِتْفَاءِ الْمُكَافَأَةِ حَالَ الْجَنَايَةِ.

تَنْبِيْهُ: ذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَنَّ رَوَايَةَ الضَّمَّانِ بِدِيَّةٍ حُرٍّ نَقَلَهَا حَرْبٌ عَنْ أَحْمَدَ، وَتَبِعَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ، وَزَادَ أَنَّ لِلسَّيِّدِ مِنْهَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ، وَلَمْ يَنْقُلْ حَرْبٌ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا نَقَلَ أَنَّهُ ذَكَرَ لَهُ قَوْلَ الزُّهْرِيِّ يَضْمَنُهُ بِقِيَمَةِ مَمْلُوكٍ؟ فَقَالَ: مَا أَدْرِي كَيْفَ هَذَا؟ وَلَمْ يُجِبْ بِشَيْءٍ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ أَنْكَرَ ضَمَانَهُ بِالْقِيَمَةِ، وَإِنَّمَا نَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَضْمَنُهُ

بِدْيَةٍ حُرٍّ كَامِلَةٍ بِاللَّفْظِ الَّذِي زَعَمَ الْقَاضِي أَنْ حَرًّا نَقَلَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ ضَرَبَ بَطْنُ أُمِّهِ حَامِلٍ فَأَعْتَقَتْ أَوْ جَنَيْنَهَا ثُمَّ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا، فَهَلْ يَضْمَنُهُ بَعْرَةُ جَنِينٍ حُرٍّ أَوْ بِقِيَمَةِ جَنِينٍ أُمٍّ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَكَذَلِكَ لَوْ ضَرَبَ بَطْنُ نَصْرَانِيَّةٍ حَامِلٍ بِنَصْرَانِيٍّ فَأَسْلَمَتْ ثُمَّ أَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا هَلْ يَضْمَنُهُ ضَمَانُ جَنِينٍ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَطَعَ يَدَيَّ عَبْدٍ وَقِيَمَتُهُ أَلْفَانٌ ثُمَّ سَرَتْ إِلَى نَفْسِهِ وَمَاتَ وَقِيَمَتُهُ أَلْفٌ فَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُهُ بِالْفَيْنِ، لِأَنَّ تَقْصَانَ الْقِيَمَةِ كَتَقْصَانِ بَدَلِهِ بِالْحُرِّيَّةِ، وَقَدْ قُلْنَا: يَضْمَنُ بِالْفَيْنِ إِذَا عَتَقَ، كَذَلِكَ هَاهُنَا، وَهَذَا مَوْضِعٌ مُجْمَعٌ عَلَيْهِ، لِأَنَّ مَوْتَهُ حَصَلَ بِقَطْعِ يَدَيْهِ وَقِيَمَتُهُ فِي تِلْكَ الْحَالِ أَلْفَانٌ.

وَيَلْتَحِقُ بِهَذَا مَا إِذَا جُرِحَ ذِمِّيٌّ خَطَأً ثُمَّ أَسْلَمَ وَسَرَى الْجُرْحُ إِلَى النَّفْسِ وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُوْهُ مَذْكُورَةٌ فِي الْمُغْنِيِّ وَالْمُحَرَّرِ.

أَحَدُهَا: الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ حَالَ الْجُرْحِ وَبِهِ جَزَمَ فِي الْكَافِي وَالْمُحَرَّرِ اعْتِبَارًا بِحَالِ الْجَنَابَةِ.

وَالثَّانِي: عَلَى عَاقِلَتِهِ أَرْضُ الْجُرْحِ وَالزَّائِدُ بِالسَّرَايَةِ فِي مَالِهِ، لِأَنَّهُ حَصَلَ بَعْدَ مُخَالَفَتِهِ لِلدِّينِ عَاقِلَتِهِ.

وَالثَّلَاثُ: الدِّيَةُ كُلُّهَا فِي مَالِهِ كَمَا لَوْ اخْتَلَفَتْ دِيَّتُهُ حَالَ الرَّمْيِ وَالْإِصَابَةِ عَلَى مَا يَأْتِي ذِكْرُهُ، لِأَنَّ أَرْضَ الْجُرْحِ إِنَّمَا يَسْتَقَرُّ بِالْإِنْدِمَالِ أَوْ السَّرَايَةِ، وَلَوْ كَانَ الْجَانِبُ ابْنًا مُعْتَقَةً لِقَوْمٍ ثُمَّ أُنْجَزَ وَلَاءُهُ إِلَى مَوَالِي أَبِيهِ فَفِي الْمُحَرَّرِ هُوَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ، وَفِي الْكَافِي الدِّيَةُ فِي مَالِهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ خِلَافًا.

وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّانِي فَمِنْ أَمْثَلَتِهِ:

مَا إِذَا جَرَحَ عَبْدًا حَرِيًّا ثُمَّ عَتَقَ ثُمَّ مَاتَ، أَوْ جَرَحَ عَبْدًا مُرْتَدًّا ثُمَّ مَاتَ، فَلَا ضَمَانَ، لِأَنَّ الْحَرِيَّ وَالْمُرْتَدَّ لَا يَضْمَنُ حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا.

وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّلَاثُ فَلَهُ أَمْثَلَةٌ:

مِنْهَا: لَوْ جَرَحَ حَرِيًّا ثُمَّ أَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ فَلَا ضَمَانَ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَرَحَ مُرْتَدًّا ثُمَّ أَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ فَلَا ضَمَانَ أَيْضًا. وَذَكَرَ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ أَنَّ الضَّمَانَ هُنَا مُخْرَجٌ عَلَى الضَّمَانِ فِيمَا إِذَا طَرَأَ الْإِسْلَامُ بَعْدَ الرَّمْيِ وَقَبْلَ الْإِصَابَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَرَحَ صَيْدًا فِي الْحِلِّ ثُمَّ دَخَلَ الْحَرَمَ فَمَاتَ فِيهِ فَلَا ضَمَانَ وَيَحِلُّ أَكْلُهُ، ذِكَاةٌ فِي الْحِلِّ ذَكَرَهُ الْقَاضِي، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ، وَقَدْ سَأَلَهُ عَنْ قَوْلِ سُفْيَانَ فِي صَيْدٍ ذِمِّيٍّ فِي الْحِلِّ فَتَحَامَلَ فَدَخَلَ الْحَرَمَ فَمَاتَ قَالَ: لَيْسَ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ وَيَكْرَهُ أَكْلُهُ، لِأَنَّهُ مَاتَ فِي الْحَرَمِ. قَالَ أَحْمَدُ: مَا أَحْسَنَ مَا قَالَ: وَهَذِهِ الْكَرَاهَةُ كَرَاهَةٌ تَنْزِيهٌ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَرَحَ عَبْدٌ نَفْسَهُ ثُمَّ عَتَقَ ثُمَّ مَاتَ فَهَلْ يَضُمُّهُ أَمْ لَا عَلَى وَجْهَيْنِ، ذَكَرَهُمَا فِي التَّرْغِيبِ؛ لِأَنَّ عَبْدًا نَفْسِهِ إِنْ مَا يَهْدُرُ ضَمَانُهُ عَلَى السَّيِّدِ دُونَ غَيْرِهِ، فَهُوَ مَضْمُونٌ فِي الْجُمْلَةِ، بِخِلَافِ الْمُؤْتَدِّ وَالْحَرَبِيِّ، وَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي أَنَّهُ يَضُمُّهُ بِدِيَةِ حُرٍّ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ الضَّمَانَ بِالْقِيَمَةِ فَلَا إِشْكَالَ فِي عَدَمِ ضَمَانِهِ، وَلِهَذَا خَرَجَهُ صَاحِبُ الْكَافِي عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي الْإِعْتِبَارِ بِحَالِ الْجَنَايَةِ أَوْ السَّرَايَةِ.

وَأَمَّا الْقِسْمُ الرَّابِعُ فَلَهُ أَمْثَلَةٌ:

مِنْهَا: لَوْ جَرَحَ مُسْلِمًا أَوْ قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا فَارْتَدَّ ثُمَّ مَاتَ فَهَلْ يَجِبُ الْقَوْدُ فِي طَرَفِهِ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، الْمُرَجَّحُ مِنْهُمَا عَدَمُهُ؛ لِأَنَّ الْجِرَاحَةَ صَارَتْ نَفْسًا لَا قَوْدَ فِيهَا بِالِاتِّفَاقِ، وَفِي التَّرْغِيبِ أَصْلُ الْوَجْهَيْنِ الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا فَسَرَتْ إِلَى نَفْسِهِ، هَلْ يُقْتَصُّ فِي الطَّرَفِ ثُمَّ فِي النَّفْسِ أَمْ فِي النَّفْسِ فَحَسَبُ؟ وَعَلَى وَجْهِ ثُبُوتِ الْقَوْدِ هَلْ يَسْتَوْفِيهِ الْإِمَامُ أَوْ وَلِيُّهُ الْمُسْلِمُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَالْمَحْكِيُّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُ يَسْتَوْفِيهِ الْوَلِيُّ. قَالَ فِي التَّرْغِيبِ: أَصْلُهُمَا أَنَّ مَالَهُ هَلْ هُوَ فِيَّ أَوْ لِرِثَّتِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَمْدِيِّ، قَالَ فِي التَّرْغِيبِ: وَعَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ الْوَارِثَ يَسْتَوْفِيهِ لَوْ عَفَا عَلَى مَالٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْمَالُ لَامْتِنَاعِ إِرْثِهِ، وَفِي الْمُحَرَّرِ الْوَجْهَانِ عَلَى قَوْلِنَا مَالَهُ فِيَّ، وَأَمَّا ضَمَانُ طَرَفِهِ فَبَيْنَهُمَا وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا ضَمَانَ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْجَنَايَةَ صَارَتْ نَفْسًا مُهْدَرَةً.

وَالثَّانِي: يَضْمَنُ لِثُبُوتِ ضَمَانِ الطَّرَفِ قَبْلَ الرَّدَّةِ، ثُمَّ هَلْ يَضْمَنُ بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ دِيَةِ النَّفْسِ أَوْ الطَّرَفِ أَوْ بِدِيَةِ الطَّرَفِ مُطْلَقًا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، الْمُرَجَّحُ مِنْهُمَا الْأَوَّلُ، وَلَمْ يَذْكُرْ فِي الْمُحَرَّرِ سِوَاهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَرَحَ صَيْدًا فِي الْحَرَمِ فَخَرَجَ إِلَى الْحِلِّ فَمَاتَ لَزِمَهُ^(١) كَمَالُ ضَمَانِهِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي خِلَافِيهِمَا تَغْلِييًا لِضَمَانِ الصَّيْدِ حَيْثُ كَانَ لَهُ حَالَانِ يَضْمَنُ فِي

(١) ولو رمى ذمي سهما إلى صيد فأصاب آدميا، وقد أسلم الرامي، فقال الأمدى: يجب ضمانه في ماله. الإنصاف للمرداوى (٤٦٦/٩).

أَحَدَهُمَا دُونَ الْآخَرِ، كَالْمُتَوَلَّدِ بَيْنَ مَأْكُولٍ وَغَيْرِهِ، وَيَتَوَجَّهُ أَنْ يَضْمَنَ أَرْضَ جُرْحِهِ خَاصَّةً مِنَ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا.

* * *

القاعدة التاسعة والعشرون بعد المائة:

إِذَا تَعَيَّنَتْ حَالُ الرَّمْيِ تَجِيءُ بَيْنَ الرَّمْيِ وَالْإِصَابَةِ، فَهَلُ الْإِصَابَةُ بِحَالِ الْإِصَابَةِ أَمْ بِحَالِ الرَّمْيِ، أَمْ يُفَرَّقُ بَيْنَ الْقَوْدِ وَالضَّمَانِ، أَمْ يَبِينُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ الرَّمْيِ مُبَاحًا أَوْ مُحْظُورًا؟ فِيهِ لِلْأَصْحَابِ أَوْجُهُ وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ رَمَى مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا أَوْ حُرًّا عَبْدًا فَلَمْ يَقَعْ بِهِمَا السَّهْمُ حَتَّى أَسْلَمَ الذَّمِّيُّ (١) وَعَتَقَ الْعَبْدُ ثُمَّ مَاذَا فَهَلُ يَجِبُ الْقَوْدُ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَجِبُ وَهُوَ قَوْلُ الْخُرَقِيِّ وَأَبْنِ حَامِدٍ وَصَحَّحَهُ الْقَاضِي لِفَقْدِ التَّكَافُؤِ حِينَ الْجَنَائَةِ وَهُوَ حَالَةُ الْإِرْسَالِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ رَمَى إِلَى مُرْتَدٍّ فَأَسْلَمَ قَبْلَ الْإِصَابَةِ.

وَالثَّانِي: يَجِبُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ، وَأَخَذَهُ مِمَّا رَوَى الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ الْحَارِثِ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَجُلٍ أَرْسَلَ سَهْمًا عَلَى زَيْدٍ فَأَصَابَ عَمْرًا قَالَ: هُوَ عَمْدٌ عَلَيْهِ الْقَوْدُ، فَاعْتَبِرَ الرَّمْيُ الْمُحْظُورُ إِذَا أَصَابَ بِهِ مَعْصُومًا وَإِنْ كَانَ غَيْرَ الْمَقْصُودِ.

وَفَرَّقَ أَبُو بَكْرٍ بَيْنَ رَمْيِ الْمُرْتَدِّ وَالذَّمِّيِّ بِأَنْ رَمَى الْمُرْتَدُّ مُبَاحًا، وَرَدَّهُ الْقَاضِي بِأَنْ رَمِيَهُ لِلْأَمَانِ لَا إِلَى أَحَادِ النَّاسِ فَهُوَ غَيْرُ مُبَاحٍ لِأَحَادِهِمْ، وَأَمَّا النَّصُّ الْمَذْكُورُ فَلَمْ يَجِبْ عَنْهُ الْقَاضِي، وَيُمْكِنُ الْجَوَابُ عَنْهُ بِأَنَّهُ قَصَدَ هُنَاكَ مُكَافَأًا وَأَصَابَ نَظِيرَهُ وَهَذَا لَمْ يَقْصِدْ مُكَافَأًا، وَقَدْ خَرَجَ صَاحِبُ الْكَافِي وَجُوبُ الْقِصَاصِ فِي مَسْأَلَةِ النَّصِّ عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ وَقَدْ تَبَيَّنَ أَنَّهَا أَصْلُهُ وَأَمَّا صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فَجَعَلَهُ خَطَأً بِغَيْرِ خِلَافٍ؛ لِأَنَّهُ أَصَابَ مَنْ لَمْ يَقْصِدْهُ، فَاشْبَهَ مَا إِذَا قَصَدَ صَيْدًا، وَهَذَا ضَعِيفٌ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ مَعْصُومًا فَأَصَابَ نَظِيرَهُ، بِخِلَافِ مَنْ قَصَدَ صَيْدًا، وَلِهَذَا لَوْ قَصَدَ صَيْدًا مُعَيَّنًا فَأَصَابَ غَيْرَهُ حَلٌّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَمَى هَدَفًا يَعْلَمُهُ فَأَصَابَ صَيْدًا فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ، أَمَّا لَوْ ظَنَّ الْهَدَفَ صَيْدًا فَأَصَابَ صَيْدًا فَوَجْهَانِ، وَقَدْ يَتَخَرَّجُ هَاهُنَا مِثْلُهُمَا لَوْ رَمَى هَدَفًا يَظُنُّهُ آدَمِيًّا مَعْصُومًا فَأَصَابَ آدَمِيًّا مَعْصُومًا غَيْرَهُ؛ لِأَنَّ أَصْلَ الرَّمْيِ كَانَ مُحْظُورًا فَهَذَا الْكَلَامُ فِي الْقَوْدِ، وَأَمَّا الضَّمَانُ فَيُضْمَنُ بِدِيَةِ حُرٍّ ذَكَرَهُ الْخُرَقِيُّ وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ وَلَمْ يَحْكُوا فِيهِ خِلَافًا، حَتَّى نَقَلَ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ اتِّفَاقَ الْأَصْحَابِ عَلَى ذَلِكَ

(١) ولو رمى صيداً في الحل فلم يصبه وأصاب صيداً في الحرم وجب الضمان. المشور (٢/ ١١٥).

اعتباراً بحالة الإصابة، فإنه إنما أصاب حرّاً مسلماً وتكون دية المعتق لورثته دون السيد. ذكره القاضي.

ومنها: لو رمى إلى مرتد أو إلى حرّبي فأسلماً ثم وصل إليهما السهم فقتلتهما فلا قود بغير خلاف؛ لأنّ دمهّما حال الرمي كان مهذراً، وهل يجب الضمان؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وجوبه فيهما قاله القاضي في خلافه والامدي وأبو الخطاب في موضع من الهداية، وعزاه غير واحد إلى الخرقى اعتباراً بحالة الإصابة وهما حينئذ مسلمان معصومان، ولا أثر لانقضاء العصمة حال السبب، كما لو حفر بئراً لهما فوقاً فيها بعد إسلامهما فإنه يضمنهما بغير خلاف ذكره القاضي وغيره قال القاضي: ولا نسلم أنّ رمي الحرّبي والمُرتدّ مباح مطلقاً بل هو مراعاة فإن أسلم قبل الوقوع تبيّنا أنّه لم يكن مباحاً.

والثاني: لا ضمان فيهما وهو أشهر، وحكاه القاضي في رواية عن أبي بكر في المرتد، وقال: لا خلاف فيه في المذهب؛ لأنّ رميهما كان مأثوراً به، وقد حصل على وجه لا يمكن تلافيه، فأشبه ما إذا جرحهما ثم أسلما.

والثالث: يضمن المرتدّ دون الحرّبي وأصل هذا الوجه طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل وأبو الخطاب في موضع من الهداية أنّه لا يضمن الحرّبي بغير خلاف؛ وفي المرتدّ وجهان، والفرق أنّ المرتدّ قتله إلى الإمام فالرامي إليه متعدّد وهو كالرامي إلى الذميّ، بخلاف الحرّبي فإنّ لكلّ أحلّ قتله، فرميه ليس بعدوان، أمّا عكسه وهو لمّا رمى إلى معصوم فأصابه السهم وهو مهذّر كمسلم ارتدّ وذميّ نقض العهد بين الرمي والإصابة فلا ضمان بغير خلاف أعلمه بين الأصحاب؛ لأنّ الإصابة لم تُصادف معصوماً، فهو كما لو رمى معصوماً، فأصابه السهم بعد موته، وكذلك لو رمى عبداً قيمته عشرون ديناراً فأصابه السهم وقيّمته عشرة فإنه يضمنه بقيمته وقت الإصابة لا وقت الرمي بغير خلاف ذكره القاضي وغيره.

ومنها: لو رمى الذميّ سهماً إلى صيد فأصاب آدمياً وقد أسلم الرامي، فقال الامدي^(١): يجب ضمانه في ماله؛ لأنّه لم يكن مسلماً حال الرمي لتعقّله عاقلته المسلمون، ولا يجب على عاقلته من أهل الذمّة؛ لأنّه حين الإصابة كان مسلماً وبذلك جزم صاحب المحرّر والكافي، وكذلك حكم ما إذا رمى ابن معتق فلم يصب حتى أنجز ولاؤه إلى موالي أبيه،

وَلَوْ رَمَى مُسْلِمًا سَهْمًا ثُمَّ ارْتَدَّ ثُمَّ أَصَابَ سَهْمُهُ فَقَتَلَ فَهَلْ تَجِبُ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ اعْتِبَارًا بِحَالِ
الإِصَابَةِ أَمْ عَلَى عَاقِلَتِهِ اعْتِبَارًا بِحَالِ الرَّمْيِ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا صَاحِبُ الْمُسْتَوْعِبِ.
وَيُخْرَجُ مِنْهَا فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ الْأُولَتَيْنِ وَجْهَانِ أَيْضًا:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الضَّمَانَ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ وَمَوَالِي الْأُمِّ. وَالثَّانِي: أَنَّهُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَمَوَالِي
الْأَبِ.

وَمِنْهَا: لَوْ رَمَى الْحَلَالُ إِلَى صَيْدٍ ثُمَّ أَحْرَمَ قَبْلَ أَنْ يُصِيبَهُ ضَمَنَهُ، وَلَوْ رَمَى الْمُحْرَمُ إِلَى
صَيْدٍ ثُمَّ أَحَلَّ قَبْلَ الإِصَابَةِ لَمْ يَضْمَنْهُ اعْتِبَارًا بِحَالِ الإِصَابَةِ فِيمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي
الْجَنَائِيَّاتِ، قَالَ: وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ أَحْمَدَ فِيمَنْ رَمَى طَيْرًا عَلَى غُصْنٍ فِي الْحِلِّ أَصْلُهُ فِي
الْحَرَمِ أَنْ يَضْمَنَ هُنَا فِي الْمَوْضِعَيْنِ تَغْلِيًا لِلضَّمَانِ، انْتَهَى.

وَيُتَخَرَّجُ عَدَمُ الضَّمَانِ فِيمَا إِذَا رَمَى وَهُوَ مُحِلٌّ ثُمَّ أَحْرَمَ، مِنْ عَدَمِ ضَمَانِ الْحَرْبِيِّ إِذَا
أَسْلَمَ قَبْلَ الإِصَابَةِ اعْتِبَارًا بِإِبَاحَةِ الرَّمْيِ، إِلَّا أَنْ يُفَرَّقَ بِأَنْ قَصِدَ الْإِحْرَامَ عَقِبَ الرَّمْيِ سَبَبٌ
إِلَى الْجَنَايَةِ عَلَى الصَّيْدِ فِيهِ وَلَا سِيَّمَا إِنْ قَصِدَ الرَّمْيَ قَبْلَ الْإِحْرَامِ لَذَلِكَ.

وَمِنْهَا: لَوْ رَمَى الْحَلَالُ مِنَ الْحِلِّ صَيْدًا فِي الْحَرَمِ فَقَتَلَهُ فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ عَلَى الْمَنْصُوصِ.
قَالَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي رَجُلٍ رَمَى صَيْدًا فِي الْحِلِّ فَأَصَابَهُ فِي الْحَرَمِ قَالَ: عَلَيْهِ
جَزَاؤُهُ. وَقَالَ أَيْضًا فِي رَوَايَتِهِ وَذَكَرَ لَهُ قَوْلَ سُفْيَانَ: لَوْ رَمَى شَيْئًا فِي الْحِلِّ فَدَخَلَتْ رَمِيَّتُهُ فِي
الْحَرَمِ فَأَصَابَتْ شَيْئًا ضَمِنَ؛ لِأَنَّ يَدَهُ الَّتِي جَنَّتْ. قَالَ أَحْمَدُ: مَا أَحْسَنَ مَا قَالَ.

وَكَذَلِكَ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي شَجَرَةٍ فِي الْحِلِّ غُصْنُهَا فِي الْحَرَمِ عَلَيْهِ
طَيْرٌ لَا يَرْمَى وَلَمْ يُفْصَلْ بَيْنَ رَمْيِهِ مِنَ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ، وَهَذَا جَزَمَ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي
وَالْأَكْثَرُونَ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ سِوَاهُ؛ لِأَنَّهُ يَدُ مَعْصُومٍ بِمَحَلِّهِ فَلَا يَبَاحُ قَتْلُهُ بِكُلِّ
حَالٍ وَفِيهِ الضَّمَانُ. وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْمَجَرَّدِ وَأَبُو الْخَطَّابِ وَجَمَاعَةٌ رَوَايَةً أُخْرَى أَنَّهُ لَا
يَضْمَنُهُ اعْتِبَارًا بِحَالِ الرَّمْيِ وَمَحَلِّهِ وَهُوَ ضَعِيفٌ، وَلَا يَثْبُتُ عَنْ أَحْمَدَ، وَإِنَّمَا أَخَذَهُ الْقَاضِي
فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي إِبَاحَةِ الْأَصْطِيَادِ بِالْكَلْبِ وَإِرْسَالِهِ مِنَ الْحَرَمِ إِلَى الْحِلِّ. قَالَ: فَظَاهِرٌ
هَذَا أَنَّهُ مَتَى كَانَ أَحَدُهُمَا فِي الْحِلِّ وَالْآخَرُ فِي الْحَرَمِ فَلَا ضَمَانَ وَلَا يَصِحُّ لَوْجُوهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ النَّصَّ فِي الْكَلْبِ، وَالْكَلْبُ لَهُ فِعْلٌ اخْتِيَارِيٌّ، فَإِذَا أُرْسِلَ فِي الْحَرَمِ عَلَى
صَيْدٍ فِي الْحِلِّ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ وَكَّلَ عَبْدَهُ فِي الْحَرَمِ فِي شِرَاءِ صَيْدٍ مِنَ الْحِلِّ وَذَبْحِهِ فِيهِ.
وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أُرْسِلَ سَهْمُهُ؛ لِأَنَّهُ مَنْسُوبٌ إِلَى فِعْلِهِ، وَلِهَذَا فَرَّقَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ

مَنْصُورٍ بَيْنَ أَنْ يُرْسَلَ سَهْمُهُ مِنَ الْحِلِّ إِلَى صَيْدٍ فِي الْحِلِّ فَيَدْخُلَ الْحَرَمَ فَيَقْتُلَ فِيهِ فَيَضْمَنَهُ، وَبَيْنَ أَنْ يُرْسَلَ الْكَلْبَ فَلَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ دُخُولَ الْكَلْبِ إِلَى الْحَرَمِ بِاخْتِيَارِهِ، وَدُخُولَ السَّهْمِ لِفِعْلِ الرَّامِي، وَلِهَذَا لَوْ أَصَابَ سَهْمٌ آدَمِيًّا لَضَمِنَهُ، وَلَوْ أَصَابَ الْكَلْبُ آدَمِيًّا لَمْ يَضْمَنَهُ، وَإِلَى هَذَا التَّفْرِيقِ أَشَارَ ابْنُ أَبِي مُوسَى حَيْثُ ضَمِنَ فِي الرَّمْيِ السَّهْمُ فِي الْمَسَائِلَتَيْنِ وَلَمْ يَضْمَنْ فِي صَيْدِ الْكَلْبِ إِذَا أُرْسِلَهُ فِي الْحِلِّ فَصَادَ فِي الْحَرَمِ، إِلَّا أَنْ يُرْسِلَهُ بِقُرْبِ الْحَرَمِ، وَأَمَّا إِنْ أُرْسِلَهُ فِي الْحَرَمِ فَصَادَ فِي الْحِلِّ فَحَكَى فِيهِ رَوَاتِبَيْنِ قَالَ: وَالْأَظْهَرُ عَنْهُ أَنَّهُ لَا جَزَاءَ فِيهِ، وَلَكِنَّ الْقَاضِيَ إِنَّمَا صَرَّحَ بِالْخِلَافِ فِي الْكَلْبِ، وَأَبُو الْخَطَّابِ هُوَ الَّذِي طَرَدَ الْخِلَافَ فِي السَّهْمِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّ هَذَا النَّصَّ إِنَّمَا يَدُلُّ عَلَى انْتِفَاءِ الضَّمَانِ فِيمَا إِذَا أُرْسِلَ سَهْمُهُ مِنَ الْحَرَمِ عَلَى صَيْدٍ فِي الْحِلِّ؛ لِأَنَّ صَيْدَ الْحِلِّ غَيْرُ مَعْصُومٍ فَلَا يَصِحُّ إِلْحَاقُ صَيْدِ الْحَرَمِ بِهِ، وَقَدْ فُرِّقَ طَوَائِفُ مِنَ الْأَصْحَابِ بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ فَمِنْهُمْ مَنْ جَزَمَ بِنَفْيِ الضَّمَانِ فِيمَا إِذَا أُرْسِلَ سَهْمُهُ مِنَ الْحَرَمِ إِلَى الْحِلِّ، وَبِالضَّمَانِ فِي الْعَكْسِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ حَكَاهُ فِيهِمَا، وَهُوَ فِي الْمُبْهَجِ لِلشَّيرَازِيِّ. وَمِنْهُمْ مَنْ حَكَى الْخِلَافَ فِيهِمَا، وَصَحَّحَ الْفَرْقَ وَهُوَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ، وَمِنْهُمْ مَنْ حَكَى الْخِلَافَ فِيمَا إِذَا أُرْسِلَ سَهْمُهُ مِنَ الْحَرَمِ إِلَى الْحِلِّ وَلَمْ يُحْكَمْ الْخِلَافُ فِي ضَمَانِ عَكْسِهِ وَهُوَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَأَخَذَ نَفْيَ الضَّمَانِ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى مِنْ رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ الْمَذْكُورَةِ، وَالضَّمَانُ مِنْ رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ أَيْضًا عَنْ أَحْمَدَ فِيمَنْ قَتَلَ صَيْدًا عَلَى غُصْنٍ فِي الْحِلِّ أَصْلَهُ فِي الْحَرَمِ أَنَّهُ يَضْمَنُهُ. وَفِي أَخَذِ الضَّمَانِ مِنْ هَذَا نَظَرٌ، فَإِنَّ الْغُصْنَ تَابِعٌ لِمَحَلِّ مَعْصُومٍ وَهُوَ أَصْلُ الشَّجَرَةِ الَّذِي فِي الْحَرَمِ فَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْحَرَمِ بِخِلَافِ الْحِلِّ، وَلِهَذَا لَمْ يُفَرِّقْ أَحْمَدُ بَيْنَ قَتْلِهِ مِنَ الْحِلِّ أَوْ مِنَ الْحَرَمِ فَدَلَّ عَلَى أَنَّ حُكْمَ الْغُصْنِ عِنْدَهُ حُكْمُ الْحَرَمِ، وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْهُ أَيْضًا وَذَكَرَ لَهُ قَوْلَ سُفْيَانَ فِي شَجَرَةٍ أَصْلُهَا فِي الْحِلِّ الْغُصْنُ عِنْدَهُ حُكْمُ الْحَرَمِ، وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْهُ أَيْضًا وَذَكَرَ لَهُ قَوْلَ سُفْيَانَ فِي شَجَرَةٍ كَانَتْ فِي الْحَرَمِ فَلَا يَرْمِ، قَالَ أَحْمَدُ: مَا أَحْسَنَ مَا قَالَ، فَجَعَلَ الْقَاضِي هَذِهِ رَوَايَةً ثَانِيَةً مُخَالَفَةً لِلأُولَى، وَحَكَى فِي الصَّيْدِ الَّذِي عَلَى غُصْنٍ فِي الْحِلِّ أَصْلَهُ فِي الْحَرَمِ رَوَاتِبَيْنِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّ أَحْمَدَ ضَمِنَ الصَّيْدَ فِي الْأُولَى إِلْحَاقًا لِلْفَرْعِ بِأَصْلِهِ فِي الْحُرْمَةِ، وَلَمْ يَضْمَنْ فِي الثَّانِيَةِ إِلْحَاقًا لِلْفَرْعِ بِأَصْلِهِ فِي عَدَمِ الْحُرْمَةِ، وَلِئِمَّا ضَمِنَ مَا كَانَ عَلَى الْغُصْنِ تَابِعًا لِقَرَارِهِ مِنَ الْأَرْضِ دُونَ أَصْلِهِ وَهُوَ مُخَالَفٌ لِنَصِّ أَحْمَدَ.

وَمِنْهَا: هَلْ الْاِعْتِبَارُ بِحَالِ الصَّيِّدِ بِأَهْلِيَّةِ الرَّامِي وَسَائِرِ الشُّرُوطِ حَالِ الرَّمْيِ أَوْ الْإِصَابَةِ؟
فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْاِعْتِبَارُ بِحَالِ الْإِصَابَةِ وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي كِتَابِ الْجِنَايَاتِ، وَأَبُو
الْخَطَّابِ فِي رُءُوسِ الْمَسَائِلِ، فَلَوْ رَمَى وَهُوَ مُحْرَمٌ أَوْ مُرْتَدٌّ أَوْ مَجُوسِيٌّ ثُمَّ وَقَعَ السَّهْمُ
بِالصَّيِّدِ وَقَدْ حَلَّ أَوْ أَسْلَمَ حَلًّا أَكْلَهُ، وَلَوْ كَانَ بِالْعَكْسِ لَمْ يَحِلَّ، وَقَدْ سَبَقَ الْخِلَافُ فِي
الْمُحْرَمِ.

وَالثَّانِي: الْاِعْتِبَارُ بِحَالِ الرَّامِي، قَالَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الصَّيِّدِ وَأَخَذَهُ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ فِي
رَوَايَةِ يُوسُفَ بْنِ أَبِي مُوسَى فِي رَجُلٍ رَمَى بِنُشَابٍ وَسَمَّى فَمَاتَ الرَّامِي قَبْلَ أَنْ يُصِيبَ فَلَا
بَأْسَ بِأَكْلِهِ إِذَا رَمَاهُ بِمَا يُجْرَحُ، وَفَرَعَ عَلَيْهِ مَا إِذَا رَمَاهُ جَمِيعًا فَأَصَابَهُ سَهْمٌ أَحَدُهُمَا أَوْ لَا
فَأَلْعَنَهُ ثُمَّ أَصَابَهُ سَهْمٌ الْآخَرَ فَقَتَلَهُ اللَّهُ يَجُوزُ أَكْلُهُ؛ لِأَنَّ الثَّانِي أَرْسَلَ سَهْمَهُ قَبْلَ امْتِنَاعِهِ
وَالْقُدْرَةِ عَلَيْهِ. قَالَ: وَقَدْ أَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ فِي رَجُلَيْنِ رَمَيَا صَيْدًا
فَأَصَابَاهُ جَمِيعًا، فَإِنْ كَانَا قَدْ مَعْلَفَهَا جَمِيعًا أَكْلًا، قَالَ الْقَاضِي: مَعْنَاهُ إِذَا كَانَا رَمَيَا جَمِيعًا
بِمَالِهِ حُدٍّ، وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ أَنْ يَتَقَدَّمَ إِصَابَةُ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ أَوْ يَتَأَخَّرَ انْتَهَى. وَمِمَّا يَتَفَرَّغُ
عَلَى ذَلِكَ: التَّسْمِيَةُ فَإِنَّهَا تَشْتَرِطُ عِنْدَ الْإِرْسَالِ، وَلَوْ سَمَّى بَعْدَ إِرْسَالِهِ فَإِنَّ الزَّجَرَ بِالتَّسْمِيَةِ
وَزَادَ جَرِيئُهُ كَفَى، وَإِلَّا فَلَا نَصَّ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةِ الْيَمُونِيِّ. وَقَالَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الْجِنَايَاتِ:
إِنَّمَا أُعْتَبِرَتِ التَّسْمِيَةُ وَقْتُ الْإِرْسَالِ لِمَشَقَّةِ مَعْرِفَتِهِ وَقْتُ الْإِصَابَةِ. وَهَذَا مُشْعِرٌ بِأَنَّهُ لَوْ سَمَّى
عِنْدَ الْإِصَابَةِ مَعَ الْعِلْمِ بِهَا لَاجْزَأً.

* * *

القاعدة الثلاثون بعد المائة:

الْمَسْكَنُ وَالْخَادِمُ وَالْمَرْكَبُ الْمُحْتَاجُ إِلَيْهِ لَيْسَ بِمَالٍ فَاضِلٍ يَمْنَعُ اخْتِذَ الزُّكُوتِ وَلَا
يَجِبُ فِيهِ الْحَجُّ وَالْكَفَّارَاتُ وَلَا يُوفَى مِنْهُ الدِّيُونُ وَالتَّقَاتِ نَصٌّ عَلَى ذَلِكَ أَحْمَدُ فِي
مَسَائِلِ:

مِنْهَا: الزُّكَاةُ قَالَ أَبُو دَاوُدَ: سُئِلَ أَحْمَدُ عَنْ رَجُلٍ لَهُ دَارٌ يَقْبَلُ مِنَ الزُّكَاةِ قَالَ: نَعَمْ، قُلْتُ:
هِيَ دَارٌ وَاسِعَةٌ، قَالَ: أَرْجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ، قِيلَ لَهُ: فَإِنْ كَانَ لَهُ خَادِمٌ قَالَ: أَرْجُو، قِيلَ
لَهُ: فَرَسٌ، قَالَ: إِنْ كَانَ يَغْزُو عَلَيْهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَارْجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ.
وَقَالَ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ: سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَنْ رَجُلٍ عِنْدَهُ جَارِيَةٌ تُسَاوِي مِائَةَ دِينَارٍ يَحْتَاجُ

إِلَيْهَا لِلْخِدْمَةِ يَأْخُذُ مِنَ الزَّكَاةِ؟ قَالَ: نَعَمْ، وَسُئِلَ عَنِ الدَّارِ قَالَ: إِذَا لَمْ يَكُنْ فَضْلٌ كَثِيرٌ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ يُعْطَى. وَقَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْحَكَمِ يُعْطَى مِنَ الزَّكَاةِ صَاحِبُ الْمَسْكَنِ وَإِنْ كَانَ لَهُ مَسْكَنٌ: يُفْضَلُ عَنْهُ. وَيَتَفَرَّغُ عَلَى هَذَا: أَنَّ الْعَرَضَ الَّذِي لَا يَبَاعُ عَلَى الْمُفْلِسِ فِي دِينِهِ إِذَا كَانَ يَفِي بِدَيْنِ صَاحِبِهِ وَيَبْدَهُ نَصَابٌ فَإِنَّهُ لَا يُجْعَلُ الدَّيْنُ فِي مُقَابَلَتِهِ حَتَّى يُزَكِّي النِّصَابَ بِغَيْرِ خِلَافٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ صَرْفُهُ إِلَى جِهَةٍ وَدَيْنٍ وَوَفَائِهِ مِنْهُ، وَأَمَّا مَا يَبَاعُ عَلَى الْمُفْلِسِ فَهَلْ يُجْعَلُ الدَّيْنُ فِي مُقَابَلَتِهِ وَيُزَكِّي النِّصَابَ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: الْحَجُّ، قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْمِمْوْنِيِّ: إِذَا كَانَ الْمَسْكَنُ وَالْمَسْكِينُ وَالْخَادِمُ أَوْ الشَّيْءُ الَّذِي يَعُودُ بِهِ عَلَى عِيَالِهِ فَلَا يَبَاعُ إِذَا كَانَ كِفَايَةً لِأَهْلِهِ، وَقَدْ يَكُونُ الْمَنْزَلُ يُكْرِمُهَا إِنَّمَا هِيَ قُوَّتُهُ وَقُوَّتُ عِيَالِهِ فَإِذَا خَرَجَ عَنْ كِفَايَتِهِ وَمَوْنَتِهِ وَمَوْنَةُ عِيَالِهِ بَاعَ. وَالضَّيْعَةُ مِثْلُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ فَضْلًا عَنِ الْمَوْنَةِ بَاعَهُ. وَقَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْحَكَمِ: إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ أَرْضٌ فَلَا أَرَى أَنْ يَبِيعَ وَيَحْجَّ وَلَا يَجِبُ الْمَسْكَنُ وَالْخَادِمُ فِي مِلْكِهِ أَوْ يَبْدَهُ نَقْدٌ يُرِيدُ شِرَاءَهُمَا بِهِ فِي هَذَا الْبَابِ.

وَمِنْهَا: الْمُفْلِسُ وَلَا أَحْمَدَ فِيهِ نُصُوصٌ كَثِيرَةٌ أَنَّهُ لَا يَبَاعُ الْمَسْكَنُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ فَضْلٌ فَيَبَاعُ الْفَضْلُ وَيَتْرَكَ لَهُ بِقَدْرِ الْحَاجَةِ مِنْهُ نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ وَأَبِي طَالِبٍ. وَأَمَّا الْخَادِمُ فَلَا يَبَاعُ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ مُحْتَاجًا إِلَيْهِ لِزَمَنِ أَوْ كَبَرٍ أَوْ حَاجَةٍ غَيْرِهِمَا نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ وَأَبِي طَالِبٍ وَغَيْرِهِمَا. وَقَالَ فِي رِوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ سَعِيدٍ: إِذَا كَانَ مَسْكَنًا وَأَسْعًا نَفِيسًا أَوْ خَادِمًا نَفِيسًا يَشْتَرِي لَهُ مَا يَقِيمُهُ وَيَجْعَلُ سَائِرَهُ لِلْغُرَمَاءِ وَكَذَلِكَ نَقَلَ عَنْهُ مُوسَى بْنُ سَعِيدٍ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْخَادِمُ وَالْمَسْكَنُ فِي مِلْكِهِ أَوْ يَحْتَاجُ إِلَيْهِمَا فَيَتْرَكَ لَهُ ثَمَنَهُمَا عَلَى ظَاهِرِ كَلَامِ الْأَصْحَابِ فَإِنَّهُمْ قَالُوا: لَوْ كَانَ مَسْكَنُهُ وَثِيَابُهُ عَيْنَ مَالِ رَجُلٍ يَرْجِعُ بِهَا وَتَرَكَ لَهُ بَدَلَهَا مِنْ بَقِيَّةِ الْمَالِ لِيَشْتَرِيَ لَهُ مِنْهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ مِنْ جَنْسِهَا؛ لِأَنَّ حَقَّ الْغَرِيمِ يَتَعَلَّقُ بِعَيْنِ مَالِهِ بِخِلَافِ الْمُفْلِسِ فَإِنَّ حَاجَتَهُ تَتَدَفَّعُ بِغَيْرِهَا أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمُفْلِسِ سِوَاهَا وَهِيَ عَيْنُ مَالِ رَجُلٍ وَكَانَ الشِّرَاءُ قَبْلَ الْإِفْلَاسِ لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ فَبِئْسَ الْكَافِي يُحْتَمَلُ أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ لِنَلَا يُؤَدِّي إِلَى الْحِيلَةِ عَلَى أَخْذِ أَمْوَالِ النَّاسِ.

وَمِنْهَا: الشَّرِيكُ فِي عِبْلٍ إِذَا أَعْتَقَ حِصَّتَهُ وَلَيْسَ لَهُ سِوَى دَارٍ وَخَادِمٍ فَهُوَ مُعْسِرٌ لَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ سِوَى حِصَّتِهِ وَلَا يَبَاعُ ذَلِكَ فِي قِيمَةِ حِصَّةِ شَرِيكِهِ. قَالَ ابْنُ مَنْصُورٍ: قُلْتُ لِأَحْمَدَ: مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا فِي عِبْلٍ ضَمِنَ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ؟ قَالَ: عَتَقَ كُلَّهُ فِي مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، قُلْتُ: كَمْ

قَدَرُ الْمَالِ؟ قَالَ: لَا يَبَاعُ فِيهِ دَارٌ وَلَا رِبَاعٌ وَلَمْ يَقُمْ لِي عَلَى شَيْءٍ مَعْلُومٍ. قَالَ الْقَاضِي: مَعْنَاهُ لَا يَبَاعُ مَا لَا غَنَى لَهُ عَنْ سُكْنَاهُ كَالْمُفْلِسِ.

وَمِنْهَا: التَّكْفِيرُ بِالْمَالِ لَا يَبَاعُ فِيهِ الْمَسْكَنُ وَالْخَادِمُ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ وَقَالُوا يَبَاعُ فِيهِ الْفَاضِلُ عَنْ ذَلِكَ حَتَّى لَوْ كَانَ لَهُ رَقَبَةٌ نَفِيسَةٌ يُمَكِّنُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِشَمَنِهَا رَقَبَتَيْنِ فَيَسْتَعْنِي بِخِدْمَةِ أَحَدِهِمَا وَيَعْتِقُ الْأُخْرَى لَزِمَهُ ذَلِكَ، وَهَكَذَا الدَّارُ وَالْمَلَأْسُ. وَأَمَّا إِنْ وَجَبَ عَلَيْهِ التَّكْفِيرُ وَلَهُ خَادِمٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ ثُمَّ احْتَاجَ إِلَيْهِ قَبْلَ التَّكْفِيرِ فَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ جَزَمَ هُنَا بِلزوم العتق؛ لَأَنَّهُ بِمِثَابَةِ مَنْ كَانَ مُوسِرًا حَالَ يَحْنُثِ الْعَتَقِ ثُمَّ أَعْسَرَ قَبْلَ التَّكْفِيرِ فَإِنَّ الْعَتَقَ يَسْتَقِرُّ فِي ذِمَّتِهِ.

وَمِنْهَا: نَفَقَةُ الْأَقَارِبِ قَالَ أَبُو طَالِبٍ: قِيلَ لِأَحْمَدَ: فَإِنْ كَانَ لَهُ دَارٌ يَبِيعُهَا وَيُنْفِقُ عَلَى ابْنِهِ؟ قَالَ: لَا بَدَّ لَهُ مِنْ مَسْكَنِ إِنْ كَانَ لَهُ فَضْلٌ عَنْ مَسْكَنِهِ فَضْلٌ عَنْ نَفَقَةِ عِيَالِهِ فَلْيُنْفِقْ عَلَيْهِمْ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ فَضْلٌ وَلَا سَعَةٌ فَلَا يُنْفِقُ عَلَيْهِمْ. وَصَرَحَ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ بِأَنَّ نَفَقَةَ الْقَرِيبِ لَا يَبَاعُ فِيهَا إِلَّا مَا يَبَاعُ عَلَى الْمُفْلِسِ فِي دِينِهِ وَهَكَذَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ حُكْمُ الْجُزْئَةِ وَالْخَرَاجِ وَالْعَاقِلَةِ. وَذَكَرَ الْأَمْدِيُّ أَنَّ مَنْ وَجِبَتْ عَلَيْهِ نَفَقَةُ قَرِيبِهِ فَغِيبَ مَالَهُ وَأَمْتَنَعَ مِنْهَا وَوَجَدَ الْحَاكِمُ لَهُ عَقَارًا فَلَهُ بَيْعُهُ وَالنَّفَقَةُ فِيهِ عَلَى أَقَارِبِهِ، وَكَذَا ذَكَرَ صَاحِبُ الْمُعْنِيِّ فِي نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ وَالْأَوْلَادِ وَلَعَلَّ الْمُرَادَ بِذَلِكَ الْعَقَارُ الَّذِي لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِلسُّكْنَى أَوْ أَنَّ هَذَا يَخْتَصُّ بِالْمُمْتَنِعِ مِنَ النَّفَقَةِ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَيْهَا لِلضَّرُورَةِ حَيْثُ لَمْ يَقْدِرْ لَهُ عَلَى غَيْرِ عَقَارِهِ.

* * *

القاعدة الحادية والثلاثون بعد المائة:

الْقُدْرَةُ عَلَى اكْتِسَابِ الْمَالِ بِالْبَيْعِ لَيْسَ بِغَنَى مُعْتَبَرٍ، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَفَرَعَ عَلَيْهِ مَسَائِلَ: مِنْهَا: إِذَا أَفْلَسَتِ الْمَرْأَةُ وَهِيَ مِمَّنْ يُرْغَبُ فِي نِكَاحِهَا لَمْ تُجْبَرْ عَلَى النِّكَاحِ لِأَخْذِ الْمَهْرِ بِغَيْرِ خِلَافٍ.

وَمِنْهَا: أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا نَفَقَةُ الْأَقَارِبِ بِقُدْرَتِهَا عَلَى النِّكَاحِ وَتَحْصِيلِ الْمَهْرِ.

وَمِنْهَا: أَنَّهُ لَا تَمْنَعُ مِنْ أَخْذِ الزَّكَاةِ بِذَلِكَ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ لِمُفْلِسٍ أُمٌّ وَلَوْ لَمْ يُجْبَرْ عَلَى نِكَاحِهَا وَأَخْذِ مَهْرِهَا وَإِنْ كَانَ يُجْبَرُ عَلَى إِجَارَتِهَا وَأَخْذِ أَجْرَتِهَا.

* * *

القاعدة الثانية والثلاثون بعد المائة:

مَنْ لَهُ الْقُدْرَةُ عَلَى اكْتِسَابِ الْمَالِ بِالصَّنَاعَاتِ غَنِيٌّ بِالنِّسْبَةِ إِلَى نَفَقَةِ النَّفْسِ، وَمَنْ تَلَزَمَ نَفَقَتُهُ مِنْ زَوْجَةٍ وَخَادِمٍ وَهَلْ هُوَ غَنِيٌّ فَاضِلٌ عَنْ ذَلِكَ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَيَتَفَرَّغُ عَلَى ذَلِكَ مَسْأَلُ:

مِنْهَا: الْقَوِيُّ الْمُكْتَسِبُ لَا يُبَاحُ لَهُ اخْتِذُ الزَّكَاةِ بِجَهَةِ الْفَقْرِ فَإِنَّهُ غَنِيٌّ بِالْاِكْتِسَابِ، وَهَلْ لَهُ الْأَخْذُ لِلْغُرَمِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَعَلَى وَجْهَيْنِ:
أَحَدُهُمَا: لَهُ ذَلِكَ قَالَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي عُمْدِهِ فِي الزَّكَاةِ وَكَذَلِكَ ذَكَرَاهُ فِي الْمُجَرَّدِ وَالْفُصُولِ فِي بَابِ الْكِتَابَةِ.

وَالثَّانِي: لَا يَجُوزُ بِهِ جَزَمُ الشَّيْخِ مَجْدُ الدِّينِ فِي شَرْحِ الْهَدَايَةِ وَهَذَا الْخِلَافُ فِي إِجْبَارِهِ عَلَى التَّكْسِبِ لَوْفَاءَ دِينِهِ كَمَا سَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَالْأَوَّلُ ظَاهِرٌ كَلَامَ أَحْمَدَ؛ لِأَنَّهُ أَبَاحَ السُّؤَالَ لِلْمُكَاتِبِ فَقَالَ: هُوَ مُغْرَمٌ وَيُبَاحُ لَهُ الْأَخْذُ مِنَ الزَّكَاةِ مَعَ قُوَّتِهِ وَاكْتِسَابِهِ مَعَ أَنَّ دِينَهُ لَا يُجْبِرُ عَلَى الْكَسْبِ لَوْفَائِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ فَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُجْبِرُ عَلَى الْكَسْبِ لَوْفَائِهِ أُولَى بِالْأَخْذِ.

وَمِنْهَا: وَجُوبُ الْحَجِّ عَلَى الْقَوِيِّ الْمُكْتَسِبِ فَإِنْ كَانَ بَعِيدًا عَنْ مَكَّةَ فَالْمَذْهَبُ انْتِفَاءُ الْوُجُوبِ وَإِنْ كَانَ قَرِيبًا فَوُجْهَانِ. وَقَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: يَتَوَجَّهُ عَلَى أَصْلِنَا فِي الْبَعِيدِ أَنَّ يَجِبُ الْحَجُّ إِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى التَّكْسِبِ فِي طَرِيقَةٍ كَمَا يَجْبِرُهُ عَلَى الْكَسْبِ لَوْفَاءَ دِينِهِ وَلَكِنْ يُمَكِّنُ بِأَنَّ حُقُوقَ اللَّهِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْمُسَامَحَةِ بِخِلَافِ حُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ وَلِهَذَا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ التَّكْسِبُ لِتَحْصِيلِ مَالٍ يَحُجُّ بِهِ وَلَا يُعْتَقُ بِهِ فِي الْكُفَّارَةِ.

وَمِنْهَا: وَقَاءُ الدُّيُونِ وَفِي إِجْبَارِ الْمُفْلِسِ عَلَى الْكَسْبِ لِلْوَفَاءِ رِوَايَتَانِ مَشْهُورَتَانِ. فَأَمَّا الْمُكَاتِبُ فَلَا يُجْبِرُ عَلَى الْكَسْبِ لَوْفَاءَ دِينِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ الْمَشْهُورِ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ضَعِيفٌ، وَخَرَجَ ابْنُ عَقِيلٍ وَجْهًا بِالْوُجُوبِ كَسَائِرِ الدُّيُونِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى الْكَسْبِ بِالْحِرْفَةِ يَمْنَعُ وَجُوبَ نَفَقَتِهِ عَلَى أَقَارِبِهِ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَكَذَا ذَكَرَ صَاحِبُ الْكَافِي وَغَيْرُهُ وَأَمَّا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ حِرْفَةٌ وَهُوَ صَحِيحٌ فَهَلْ تَجِبُ لَهُ النَّفَقَةُ؟ حَكَى أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَتَيْنِ وَخَصَّهُمَا الْقَاضِي بِغَيْرِ الْعُمُودَيْنِ وَأَوْجَبَ نَفَقَةَ الْعُمُودَيْنِ مُطْلَقًا مَعَ عَدَمِ الْحِرْفَةِ وَفَرَّقَ فِي زَكَاةِ الْفِطْرِ مِنَ الْمُجَرَّدِ بَيْنَ الْأَبِ وَغَيْرِهِ وَأَوْجَبَ النَّفَقَةَ لِلْأَبِ بِكُلِّ حَالٍ وَشَرَطَ فِي الْإِبْنِ وَغَيْرِهِ الزَّمَانَةَ، وَأَمَّا وَجُوبُ النَّفَقَةِ عَلَى أَقَارِبِهِ مِنْ

الْكَسْبِ فَصَرَّحَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَفِي الْمُجَرَّدِ وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي مُفْرَدَاتِهِ وَأَبْنُ الزَّاعُونِي وَالْأَكْثَرُونَ بِالْوُجُوبِ. قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ كَلَامُ أَحْمَدَ: أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَوْلَادِ وَغَيْرِهِمْ مِنَ الْأَقَارِبِ. وَخَرَجَ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ الْمَسْأَلَةَ عَلَى رَوَايَتَيْنِ مِنْ اشْتِرَاطِ انْتِفَاءِ الْحِرْفَةِ لِلْإِنْفَاقِ وَهُوَ ضَعِيفٌ، وَأَظْهَرُ مِنْهُ أَنْ يُخْرَجَ عَلَى الْخِلَافِ فِي إِجْبَارِ الْمُفْلِسِ عَلَى الْكَسْبِ لَوْفَاءَ دِينِهِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ الْفَقِيرَ الْمُكْتَسِبَ هَلْ يَحْتَمِلُ الْعَقْلَ مَعَ الْعَاقِلَةِ فِيهِ رَوَايَتَانِ.
وَمِنْهَا: الْحِزْيَةُ هَلْ تَجِبُ عَلَى الْفَقِيرِ الْمُكْتَسِبِ عَلَى رَوَايَتَيْنِ أَشْهَرُهُمَا الْوُجُوبُ.

* * *

القاعدة الثالثة والثلاثون بعد المائة:

يُثْبِتُ تَبَعًا مَا لَا يَثْبُتُ اسْتِقْلَالًا فِي مَسَائِلَ:

مِنْهَا: شَهَادَةُ النِّسَاءِ بِالْوِلَادَةِ يَثْبُتُ بِهَا النَّسَبُ وَلَا يَثْبُتُ النَّسَبُ بِشَهَادَتِهِنَّ بِهِ اسْتِقْلَالًا.
وَمِنْهَا: شَهَادَةُ النِّسَاءِ عَلَى إِسْقَاطِ الْجَنِينِ بِالضَّرْبَةِ يُوجِبُ الْغُرَّةَ إِنْ سَقَطَ مَيِّتًا وَالِدِيَّةَ إِنْ سَقَطَ حَيًّا.

وَمِنْهَا: شَهَادَةُ امْرَأَةٍ عَلَى الرِّضَاعِ يُقْبَلُ عَلَى الْمَذْهَبِ وَيَتَرْتَّبُ عَلَى ذَلِكَ انْفِسَاخُ النِّكَاحِ.
وَمِنْهَا: لَوْ شَهِدَ وَاحِدٌ بِرُؤْيَا هِلَالِ رَمَضَانَ ثُمَّ اكْتَمَلُوا الْعِدَّةَ وَلَمْ يَرَوْا الْهِلَالَ فَهَلْ يُفْطَرُونَ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ. أَشْهَرُهُمَا لَا يُفْطَرُونَ لِثَلَاثٍ يُوَدِّي إِلَى الْفِطْرِ بِقَوْلٍ وَاحِدٍ. وَالثَّانِي: بَلَى، وَيَثْبُتُ الْفِطْرُ تَبَعًا لِلصَّوْمِ وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: إِنْ كَانَ غَيْمًا أَفْطَرُوا وَإِلَّا فَلَا.

وَمِنْهَا: لَوْ أَخْبَرَ وَاحِدٌ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ جَازَ الْفِطْرُ وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ اقْتَضَى كَلَامَهُ حِكَايَةَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ وَقْتَ الْفِطْرِ تَابِعٌ لَوْقَتِ صَلَاةِ الْمَغْرِبِ، وَلَهُ مَاخُذٌ آخَرٌ وَهُوَ أَنَّ لِلْغُرُوبِ عَلَيْهِ أَمَارَاتٌ تَوَرَّثَ ظَنًّا بِانْفِرَادِهَا فَإِذَا انْضَمَّ إِلَيْهَا قَوْلُ الثَّقَةِ قَوِيَ بِخِلَافِ الشَّهَادَةِ بِرُؤْيَا هِلَالِ الْفِطْرِ.

وَمِنْهَا: صَلَاةُ التَّرَاوِيحِ لَيْلَةَ الْغَيْمِ تَبَعًا لِلصَّبَامِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ وَذَكَرَ الْقَاضِي احْتِمَالًا بِثُبُوتِ سَائِرِ الْأَحْكَامِ الْمُعَلَّقَةِ بِالشَّهْرِ مِنْ وَقُوعِ الطَّلَاقِ الْمُعْلَقِ بِهِ وَحُلُولِ أَجَالِ الدِّيُونِ وَهُوَ ضَعِيفٌ هُنَا، نَعَمْ، إِذَا شَهِدَ وَاحِدٌ بِرُؤْيَا هِلَالِ ثَبَتَ بِهِ الشَّهْرُ وَتَرْتَّبَتْ عَلَيْهِ هَذِهِ الْأَحْكَامُ وَإِنْ كَانَتْ لَا تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ وَاحِدٍ ابْتِدَاءً صَرَّحَ بِهِ ابْنُ عَقِيلٍ فِي عُمَدِ الْأَدْلَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ عَلَى حَدِيثٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَا قَالَهُ فَرَوَاهُ

وَاحِدٌ ثَبَتَ الْحَدِيثُ بِهِ وَوَقَعَ الطَّلَاقُ وَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ لَا يَثْبُتُ بِخِلَافٍ وَاحِدٍ ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْعُمْدَةِ أَيْضًا، وَيَخْرُجُ عَدَمُ وَقُوعِ الطَّلَاقِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ مِنَ الْمَسْأَلَةِ الْآتِيَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ أَنَّهُ مَا غَضَبَ شَيْئًا ثُمَّ ثَبَتَ عَلَيْهِ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ أَوْ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ فَهَلْ يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ عَلَى وَجْهَيْنِ وَحَكَاهُمَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي كِتَابِ الْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ وَالْأَمْدِي رَوَيْتَيْنِ وَجَزَمَ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ وَصَاحِبُ الْمُغْنِيِّ بِعَدَمِ الْوُقُوعِ وَاخْتَارَ السَّامِرِيُّ الْوُقُوعَ وَقَالَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي تَعْلِيلِهِ عَلَى الْهَدَايَةِ: وَعِنْدِي أَنَّ قِيَاسَ قَوْلِ مَنْ عَفَا عَنِ الْجَاهِلِ وَالنَّاسِي فِي الطَّلَاقِ أَنْ لَا يَحْكُمَ عَلَيْهِ بِهِ وَلَوْ ثَبَتَ الْغَضَبُ بِرَجُلَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ عَلَّقَ الطَّلَاقُ بِالْوِلَادَةِ فَشَهِدَ بِهَا النِّسَاءُ^(١) حَيْثُ لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُ الْمَرْأَةِ فِي وَلَادَتِهَا هَلْ يَقَعُ الطَّلَاقُ؟ الْمَشْهُورُ الْوُقُوعُ وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَتَبِعَهُ الشَّرِيفُ أَبُو حَفْصٍ وَأَبُو الْمَوَهِبِ الْعُكْبَرِيُّ وَأَبُو الْخَطَّابِ وَالْأَكْثَرُونَ وَيَشْهَدُ لَهُ نَصُّ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةٍ مُهَنَّا إِذَا قَالَ لَهَا: إِنْ حَضَتْ فَأَنْتَ وَضَرْتُكَ طَالِقٌ فَشَهِدَ النِّسَاءُ بِحِيضِهَا طَلَقْنَا جَمِيعًا، وَخَرَجَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِيهِ وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ مِنَ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ ادَّعَى الْمُكَاتَبُ إِذَا آخَرَ نُجُومَ الْكِتَابَةِ فَأَنْكَرَ السَّيِّدُ فَأَتَى الْمُكَاتَبُ بِشَاهِدَيْنِ وَيَمِينٍ أَوْ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عَلَى مَا قَالَ فَهَلْ يُعْتَقُ أَمْ لَا؟ قَالَ الْخُرَقِيُّ: يُعْتَقُ وَلَكِنْ يَحْكُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ فِيهِ خِلَافًا وَحَكَى صَاحِبُ التَّرْغِيبِ فِيهِ وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَقَفَ وَقَفًا مُعَلَّقًا بِمَوْتِهِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ عَلَى الْمَنْصُوصِ فِي رَوَايَةِ الْيَمُونِيِّ وَذَكَرَهُ الْخُرَقِيُّ وَقَالَ الْقَاضِي: لَا يَصِحُّ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ وَالْوَصَايَا تَقْبَلُ التَّعْلِيلَ.

وَمِنْهَا: الْبَرَاءَةُ الْمُعَلَّقَةُ بِمَوْتِ الْمَبْرُئِ تَصِحُّ أَيْضًا لِدُخُولِهَا ضِمْنَهَا فِي الْوَصِيَّةِ نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ وَقَالَهُ الْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ وَكَذَا إِبْرَاءُ الْمَجْرُوحِ لِلْجَانِي مِنْ دَمِهِ أَوْ تَحْلِيلِهِ مِنْهُ يَكُونُ وَصِيَّةً مُعَلَّقَةً بِمَوْتِهِ، وَهَلْ هِيَ وَصِيَّةٌ لِلْقَاتِلِ عَلَى طَرِيقَيْنِ فَعِنْدَ الْقَاضِي هِيَ وَصِيَّةٌ لِلْقَاتِلِ فَيَخْرُجُ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْوَصِيَّةِ، وَعِنْدَ أَبِي بَكْرٍ لَيْسَ الْإِبْرَاءُ وَالْعَفْوُ وَصِيَّةً؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ لَا تَمْلِكُ وَقَالَ الْأَمْدِيُّ: هُوَ الْمَذْهَبُ، قَالَ: وَإِنَّمَا يَكُونُ إِبْرَاءً مُحَضًّا قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ فَأَمَّا بَعْدَهُ فَعَلَى وَجْهَيْنِ.

(١) فشهد بها أربع من النسوة لم يقع الطلاق وأثبت النسب والميراث لأنهما من توابع الولادة وضرورتها بخلاف الطلاق. خبايا الزوايا (١/٤٧٣).

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ: إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَأَنْتِ طَالِقٌ بِأَلْفٍ فَإِنَّهُ يَصِحُّ ذِكْرُهُ الْقَاضِي وَتَدْخُلُ الْمُعَاوَضَةُ تَبَعًا لِلطَّلَاقِ إِذَا قَبِلْتَهُ فَإِنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ قَبُولِهَا، كَذَلِكَ لَوْ قَالَتْ لَهُ: إِنْ طَلَقْتَنِي فَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ. فَطَلَقَهَا بَأَنْتِ وَلَزِمَهَا الْأَلْفُ، قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: ذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ مَا يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا وَقَالَ الشَّيْخُ: عَلَيْهِ مَا إِذَا قَالَتْ: إِنْ طَلَقْتَنِي فَأَنْتِ بَرِيءٌ مِنْ صَدَاقِي فَطَلَقَهَا أَنَّهُ يَبْرَأُ مِنْ صَدَاقِهَا وَيَقَعُ الطَّلَاقُ بَأْتِنَا؛ لِأَنَّ تَعْلِيْقَ الْإِبْرَاءِ أَقْرَبُ إِلَى الصَّحَّةِ مِنْ تَعْلِيْقِ التَّمْلِيكِ لِتَرَدُّدِ الْإِبْرَاءِ بَيْنَ الْإِسْقَاطِ وَالتَّمْلِيكِ يَقَعُ مُعْلَقًا فِي الْجَعَالَةِ وَالسَّبْقِ فَهَاهُنَا كَذَلِكَ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ: مَنْ أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ كَلَّمَا أَسْلَمْتَ وَاحِدَةً مِنْكُنَّ فَهِيَ طَالِقٌ فَهَلْ يَصِحُّ عَلَى وَجْهَيْنِ.

أَحَدُهُمَا: لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ اخْتِيَارًا وَلَا اخْتِيَارًا لَا يَتَعَلَّقُ بِالشَّرْطِ. وَالثَّانِي: يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَقْبَلُ التَّعْلِيْقَ وَالْاخْتِيَارَ يَثْبُتُ تَبَعًا لَهُ وَضِمْنَا.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ رَجُلٌ لِآخَرَ: أَعْتَقُ عَبْدَكَ عَنِّي وَعَلَيَّ ثَمَنُهُ، فَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: هُوَ اسْتِدْعَاءٌ لِلْعَتَقِ وَالْمَلِكُ يَدْخُلُ تَبَعًا وَضِمْنَا لِضَرُورَةِ وَقُوعِ الْعَتَقِ لَهُ وَصَرَّحَ بِأَنَّهُ مَلِكٌ فَهَرِيٌّ حَتَّى إِنَّهُ يَثْبُتُ لِلْكَافِرِ عَلَى الْمُسْلِمِ إِذَا كَانَ الْعَبْدُ الْمُسْتَدْعَى عِنْتَهُ مُسْلِمًا وَالْمُسْتَدْعِي كَافِرًا مَعَ أَنَّهُ مَنَعُ مِنْ شِرَاءِ الْكَافِرِ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ بِالْمَلِكِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ حَيْثُ كَانَ الْعَقْدُ مَوْضُوعًا فِيهِ لِلْمَلِكِ دُونَ الْعَتَقِ، وَكَذَلِكَ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ سِرَايَةُ عَتَقِ الشَّرِيكِ وَأَوَّلَى إِنْثِلَافٌ مُحْضٌ يَحْصُلُ بِغَيْرِ اخْتِيَارٍ أَحَدٍ وَلَا قَصْدِهِ. وَيَتَفَرَّغُ عَلَى ذَلِكَ إِذَا أَعْتَقَ الْكَافِرُ الْمُسَوِّرُ شَرِكًا لَهُ مِنْ عَبْدٍ مُسْلِمٍ فَإِنَّهُ يَسْرِي وَلَا يُخْرَجُ عَلَى الْخِلَافِ فِي شِرَاءِ مُسْلِمٍ يُعْتَقُ عَلَيْهِ بِمِلْكِهِ كَمَا فَعَلَ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ.

وَمِنْهَا: صَلَاةُ الْحَاجِّ عَنْ غَيْرِهِ رَكَعَتَيِ الطَّوَافِ تَحْصُلُ ضِمْنَا وَتَبَعًا لِلْحَجِّ وَإِنْ كَانَتِ الصَّلَاةُ لَا تَقْبَلُ النِّيَابَةَ اسْتِغْلَالًا وَقَدْ أَشَارَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ إِلَى هَذَا فِي رِوَايَةِ الشَّالَنْجِي.

وَمِنْهَا: أَنَّ الْوَكِيلَ وَوَصِيَّ الْيَتِيمِ لَهُمَا أَنْ يَتَّعَا بِزَاوِلِهِ عَلَى ثَمَنِ الْمِثْلِ مَا يَتَغَابَنُ بِمِثْلِهَا عَادَةً وَلَا يَجُوزُ لَهُمَا هَبَةٌ ذَلِكَ الْقَدْرُ ابْتِدَاءً ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ، وَلَكِنَّهُمْ جَعَلُوا مَاخِذَهُ أَنَّ الْمُحَابَاةَ لَيْسَتْ بِذَلٍّ صَرِيحٍ وَإِنَّمَا فِيهَا مَعْنَى الْبَذْلِ وَجَعَلُهَا مِنْ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ أَوَّلَى.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ لَهُ ائْتَانٌ لِكُلِّ مِنْهُمَا وَلَدٌ فَقَالَ أَحَدُهُمَا: وَلَدِي ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يَتَّيَّنْ وَلَمْ يَبَيَّنْ وَارِثُهُ وَلَمْ يُوْجَدْ قَافَةٌ، أُفْرِعَ بَيْنَهُمَا فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ فَهُوَ حُرٌّ وَأُمُّهُ مُعْتَقَةٌ بِالِاسْتِيلَادِ

وَأِنْ كَانَ أَقْرَبُ أَنَّهُ أَحْبَلَهَا فِي مِلْكِهِ، وَهَلْ يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ وَبِرُّهُ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:
أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ وَلَا يَرِثُ بِهِ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَأَبْنِ عَقِيلٍ
وَالسَّامِرِيِّ؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ لَا مَدْخَلَ لَهَا فِي الْأَنْسَابِ. [قَالَ الْقَاضِي: وَهَذَا الْوَجْهَانِ مُخْرَجَانِ
مِنَ الْخِلَافِ فِي دُخُولِ الْقُرْعَةِ فِيمَا إِذَا زَوَّجَ الْوَلَيَّانِ فَلَمْ يَعْلَمْ السَّابِقُ مِنْهُمَا].
وَالثَّانِي: يَثْبُتُ نَسَبُهُ وَيَرِثُ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَصَاحِبُ التَّلْخِيصِ وَذَكَرَ
صَاحِبُ التَّلْخِيصِ أَنَّهُ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ اسْتَنْدَتْ حُرِّيَّتُهُ إِلَى الْإِقْرَارِ فَأَشْبَهَ مَا لَوْ عَيْنُهُ
فِي إِقْرَارِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً مُعَيَّنَةً مِنْ نِسَائِهِ ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يَعْلَمْ عَيْنُهَا أَفْرَعَ بَيْنَهُنَّ وَأَخْرَجَتْ
الْمُطَلَّقَةَ بِالْقُرْعَةِ وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا عِدَّةُ الْوَفَاةِ، وَتَحْسَبُ لَهَا عِدَّةُ الطَّلَاقِ مِنْ حِينِهِ وَعَلَى
الْبَوَاقِي عِدَّةُ الْوَفَاةِ فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَمَّا ثَبَتَ بِالْقُرْعَةِ تَبِعَهُ
لَوْ أَرَمَهُ مِنَ الْعِدَّةِ وَغَيْرِهَا. وَقَالَ الْقَاضِي: يَعْتَدُّ الْكُلُّ بِأَطْوَلِ الْأَجَلَيْنِ وَسَتَاتِي الْمَسْأَلَةَ فِيمَا
بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ الْخُثْيُ الْمُشْكِلُ: أَنَا رَجُلٌ^(١). وَقَبَلْنَا قَوْلَهُ فِي ذَلِكَ فِي النِّكَاحِ فَهَلْ يَثْبُتُ
فِي حَقِّهِ سَائِرُ أَحْكَامِ الرِّجَالِ تَبَعًا لِلنِّكَاحِ وَيَزُولُ بِذَلِكَ إِشْكَالُهُ؟ أَمْ يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِي حَقِّهِ اللَّهُ
تَعَالَى وَفِيمَا عَلَيْهِ مِنْ حُقُوقِ الْأَدَمِيِّينَ^(٢) دُونَ مَا لَهُ مِنْهَا لِثَلَاثٍ يُلْزَمُ قَبُولُ قَوْلِهِ فِي اسْتِحْقَاقِهِ
بِمِيرَاثِ ذَكَرٍ وَدَيْتِهِ فِيهِ وَجْهَانِ.

* * *

القاعدة الرابعة والثلاثون بعد المائة:

الْمَنْعُ أَسْهَلُ مِنَ الرِّفْعِ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ جَدًّا:
مِنْهَا: تَخْمِيرُ الْخَلِّ اِبْتِدَاءً بِأَنْ يُوضَعَ فِيهَا خَلٌّ يَمْنَعُ تَخْمِيرَهَا مَشْرُوعٌ، وَتَخْلِيلُهَا بَعْدَ
تَخْمِيرِهَا مَمْنُوعٌ.
مِنْهَا: ذَبْحُ الْحَيَوَانَ الْمَأْكُولِ يَمْنَعُ نَجَاسَةَ لَحْمِهِ وَجِلْدِهِ وَهُوَ مَشْرُوعٌ وَدَبْحُ جِلْدِهِ بَعْدَ
نَجَاسَتِهِ بِالْمَوْتِ لَا يُقْبَدُ طَهَارَتُهُ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ.

(١) لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك أما لو قال: أنا امرأة لم ينكح إلا رجلاً. مختصر
الحرقى (٩٩/١).

(٢) ويعامل الخثي بالنسبة لمسألة النظر إلى المرأة بالأشد فيجعل مع النساء رجلاً ومع الرجال امرأة إذا كان
في سن مجرم فيه النظر. (٤٠٧/٢)، مغنى المحتاج (١٣٢/٣).

وَمِنْهَا: السَّقَرُ قَبْلَ الشَّرُوعِ فِي الصَّيَّامِ يُبِيحُ الْفِطْرَ وَلَوْ سَافَرَ فِي أَثْنَاءِ يَوْمٍ مِنْ رَمَضَانَ فَفِي اسْتِباحَةِ الْفِطْرِ رَوَايَتَانِ وَالْإِتْمَامُ فِيهِ أَفْضَلُ بِكُلِّ حَالٍ. وَتَقُلُّ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِنَّ نَوَى السَّقَرِ مِنَ اللَّيْلِ ثُمَّ سَافَرَ فِي أَثْنَاءِ النَّهَارِ أَفْطَرَ وَإِنْ نَوَى السَّقَرِ فِي النَّهَارِ وَسَافَرَ فِيهِ فَلَا يُعْجِبُنِي أَنْ يُفْطَرَ فِيهِ. وَالْفَرْقُ أَنَّ نِيَّةَ السَّقَرِ مِنَ اللَّيْلِ تَمْنَعُ الْوُجُوبَ إِذَا وَجَدَ السَّقَرُ فِي النَّهَارِ فَيَكُونُ الصَّيَّامُ قَبْلَهُ مُرَاعَى بِخِلَافِ مَا إِذَا طَرَأَتِ النِّيَّةُ وَالسَّقَرُ فِي أَثْنَاءِ النَّهَارِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ الرَّجُلَ يَمْلِكُ مَنَعَ زَوْجَتِهِ مِنْ حَجِّ النَّذْرِ وَالتَّقْلِيلِ فَإِنْ شَرَعَتْ فِيهِ بِدُونِ إِذْنِهِ فَفِي جَوَازِ تَحْلِيلِهَا رَوَايَتَانِ^(١).

وَمِنْهَا: أَنَّ وُجُودَ الْمَاءِ بَعْدَ التَّيَمُّمِ وَقَبْلَ الشَّرُوعِ فِي الصَّلَاةِ يَمْنَعُ الدُّخُولَ فِيهَا بِالتَّيَمُّمِ، وَلَوْ دَخَلَ فِيهَا بِالتَّيَمُّمِ ثُمَّ وَجَدَ الْمَاءَ فَهَلْ يَبْطُلُ الصَّلَاةُ أَمْ لَا عَلَى رَوَايَتَيْنِ، وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ فِي الْقُدْرَةِ عَلَى نِكَاحِ الْحُرَّةِ بَعْدَ نِكَاحِ الْأَمَةِ هَلْ يَبْطُلُ نِكَاحُهَا عَلَى رَوَايَتَيْنِ. وَنَمْنَعُهُ ابْتِدَاءً وَكَذَلِكَ فِي الْقُدْرَةِ عَلَى كَفَّارَةِ الظَّهَارِ بِالْعَتَقِ بَعْدَ الشَّرُوعِ فِي الصَّيَّامِ لَا يُوجِبُ الْإِنْتِقَالَ عَلَى الصَّحِيحِ وَقَبْلَهُ يُوجِبُ.

مِنْهَا: أَنَّ الْمَرْأَةَ تَمْلِكُ مَنَعَ نَفْسِهَا حَتَّى تَقْبِضَ صَدَاقَهَا فَإِنْ سَلِمَتْ نَفْسَهَا ابْتِدَاءً قَبْلَ قَبْضِ الصَّدَاقِ فَهَلْ تَمْلِكُ الْامْتِنَاعَ بَعْدَ ذَلِكَ حَتَّى تَقْبِضَهُ عَلَى وَجْهَيْنِ. وَكَذَلِكَ اخْتَارَ صَاحِبُ الْمُعْنَى فِي الْبَيْعِ أَنَّ الْبَائِعَ يَمْلِكُ الْامْتِنَاعَ عَنْ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ حَتَّى يَقْبِضَ ثَمَنَهُ فَإِذَا سَلَّمَهُ لَمْ يَمْلِكْ اسْتِرْجَاعَهُ وَمَنَعَ الْمُشْتَرِيَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ وَالْحَجَرُ عَلَيْهِ مُسْتَنَدٌ إِلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ، وَهُوَ خِلَافُ مَا قَالَهُ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ فِي مَسْأَلَةِ الْحَجَرِ الْغَرِيبِ.

وَمِنْهَا: اخْتِلَافُ الدِّينِ الْمَانِعِ مِنَ النِّكَاحِ يَمْنَعُهُ ابْتِدَاءً وَلَا يَفْسُخُهُ فِي الدَّوَامِ عَلَى الْأَشْهُرِ بَلْ يَقِفُ الْأَمْرُ عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فِيهِ.

وَمِنْهَا: الْإِسْلَامُ يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الرِّقِّ وَلَا يَرْفَعُهُ بَعْدَ حُصُولِهِ وَإِنَّمَا اسْتَرْقَ وَلَدُ الْأُمَةِ الْمُسْلِمَةِ؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْهَا فَهُوَ فِي مَعْنَى اسْتِدَامَةِ الرِّقِّ عَلَى الْمُسْلِمِ، وَأَمَّا الْأَسْرَى إِذَا أَسْلَمُوا قَبْلَ الْاسْتِرْقَاقِ فَلِئَمَّا أَجَازَ اسْتِرْقَاقُهُمْ لَانْعِقَادِ سَبَبِهِ فِي الْكُفْرِ انْعِقَادًا تَامًا فَاسْتَنَدَ إِلَى سَبَبِ مَوْجُودٍ فِي الْكُفْرِ.

* * *

(١) نفس الخلاف عند الشافعية والمالكية. الوسيط (٢١٧/٦)، الشرح الكبير (٩٨/٢)، والأشباه والنظائر (١٣٨/١).

القاعدة الخامسة والثلاثون بعد المائة:

الملك القاصر من ابتداء لا يستباح فيه الوطء بخلاف ما كان القصور طارئاً عليه نص على ذلك أحمد رضي الله عنه. فمن الأول: المشتراة بشرط الخيار في مدة الخيار وكذلك المشتراة بشرط أن لا يبيع ولا يهب وإن باعها فالمشتري أحق بها نص عليه أحمد ونصوه صريحة ببيعة هذا البيع والشرط ومنع الوطء قال في رواية عبد الله فيمن باع جارية على أن لا يبيع ولا يهب: البيع جائز ولا يقربها؛ لأن عمر بن الخطاب قال: لا يقرب فرجاً فيه شرط لأحد، كذلك قال مهنا في رواية حرب وزاد: إن اشترطوا إن باعها فهم أحق بها بالثمن فلا يقربها يذهب إلى حديث عمر حين قال لابن مسعود، وكذلك نقل مهنا وقال في رواية أبي طالب فيمن اشترى أمة بشرط: لا يقربها وفيها شرط، وكذلك نقل ابن منصور وقول عمر الذي أشار إليه وهو ما رواه حماد بن سلمة عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة أن ابن مسعود اشترى جارية من امرأة وشرط لها إن باعها فهي لها بالثمن الذي اشتراها فسأل ابن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال لا ينكحها وفيها شرط. قال حنبل: قال عمي: كل شرط في فرج فهو على هذا والشرط الواحد في البيع جائز إلا أن عمر كره لابن مسعود أن يطأها؛ لأنه شرط لامرأته الذي شرط فلم يجوز عمر أن يطأها وفيها شرط وكذلك نص أحمد في رواية ابن هانئ على منع الوطء في الأمة المشتراة بشرط التدبير.

ونص أيضاً في رواية ابن منصور على منع وطء بنت المدبرة دون أمها وكاع الأصحاب في توجيهه والأمر فيه واضح على ما قرناه إذ بنت المدبرة مدبرة من ابتداء ملكها بخلاف أمها، وكذلك نص على المنع من وطء الأمة المملوكة بالعمرى، وحمله القاضي على الاستحباب وهو بعيد، والصواب حمله على أن الملك بالعمرى قاصر ولهذا نقول على رواية: إذا شرط رجوعها إليه بعد صح فيكون تمليكاً مؤقتاً. ومن ذلك الأمة الموصى بمنافعها لا يجوز للوارث وطؤها على أصح الوجهين وهو قول القاضي خلافاً لابن عقيل ولكن لهذه المسألة ماخذ آخر وهو أن منفعة البضع هل هي داخلة في المنافع الموصى بها أم لا؟ ومن الثاني: أم الولد والمدبرة والمكاتبه إذا اشترطوا وطأها في عقد الكتابة والمؤجرة والجانبة.

وأما المراهنة فإنما منع من وطئها لوجهين:

أحدهما: أنه يفضي إلى استيلادها فيبطل الرهن ويسقط حق المرتهن.

وَالثَّانِي: أَنَّ الرَّاهِنَ مَمْنُوعٌ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِالرَّهْنِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمُرْتَهِنِ وَلَوْ بِالاسْتِخْدَامِ وَغَيْرِهِ فَالْوَطْءُ أَوْلَى.

* * *

القاعدة السادسة والثلاثون بعد المائة:

الْوَطْءُ الْمُحَرَّمُ الْعَارِضُ هَلْ يَسْتَتِيعُ تَحْرِيمَ مُقَدِّمَاتِهِ أَمْ لَا؟ إِنْ كَانَ لِيُضَعِفَ الْمَلِكُ وَقُصُورِهِ أَوْ خَشْيَةً عَدَمِ ثُبُوتِهِ كَالْأَمَةِ الْمُشْتَرَاةِ إِذَا مَلَكَتْ بِعَقْدٍ مُحَرَّمٍ فَيَحْرُمُ سَائِرُ أَنْوَاعِ الْاسْتِمْتَاعِ بِهَا، وَإِنْ كَانَ لِغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْمَوَانِعِ فَهُوَ نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْعِبَادَاتُ الْمَانِعَةُ مِنَ الْوَطْءِ وَهِيَ عَلَى ضَرْبَيْنِ. ضَرْبٌ يَمْتَنِعُ فِيهِ جِنْسُ التَّرَفُّهِ وَالْاسْتِمْتَاعِ بِالنِّسَاءِ فَيَمْنَعُ الْوَطْءَ وَالْمُبَاشَرَةَ كَالْإِحْرَامِ الْقَوِيِّ وَهُوَ مَا قَبْلَ التَّحْلُلِ الْأَوَّلِ وَالْأَعْتِكَافِ. وَضَرْبٌ يَمْتَنِعُ فِيهِ الْجَمَاعُ وَمَا أَفْضَى إِلَى الْإِنْزَالِ، فَلَا يَمْنَعُ مِمَّا بَعْدَ إِفْضَائِهِ إِلَيْهِ مِنَ الْمَلَامَسَةِ وَلَوْ كَانَتْ لَشَهْوَةٍ وَهُوَ الصِّيَامُ، وَأَمَّا الْإِحْرَامُ الضَّعِيفُ وَهُوَ مَا بَيْنَ التَّحْلِيلَيْنِ وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَحْرُمُ بِالْوَطْءِ وَالْمُبَاشَرَةِ، وَفِيهِ رَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ يَحْرُمُ الْوَطْءَ خَاصَّةً.

النَّوْعُ الثَّانِي: غَيْرُ الْعِبَادَاتِ فَهَلْ يَحْرُمُ مَعَ الْوَطْءِ غَيْرُهُ فِيهِ قَوْلَانِ فِي الْمَذْهَبِ. وَيُخْرَجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الْحَيْضُ وَالنِّفَاسُ يَحْرُمُ بِهِمَا الْوَطْءُ فِي الْفَرْجِ وَلَا يَحْرُمُ مَا دُونَهُ فِي الْمَذْهَبِ الصَّحِيحِ وَفِيهِ رَايَةٌ أُخْرَى يَمْنَعُ الْاسْتِمْتَاعُ مَا بَيْنَ السَّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ^(١).

وَمِنْهَا: الظَّهَارُ يُحْرَمُ الْوَطْءَ فِي الْفَرْجِ وَفِي الْاسْتِمْتَاعِ بِمُقَدِّمَاتِهِ رَوَايَتَانِ أَشْهَرُهُمَا التَّحْرِيمُ.

وَمِنْهَا: الْأَمَةُ الْمَسِيئَةُ فِي مُدَّةِ الْاسْتِبْرَاءِ يَحْرُمُ وَطْئُهَا وَفِي الْاسْتِمْتَاعِ بِالْمُبَاشَرَةِ رَوَايَتَانِ وَصَحَّحَ الْقَاضِي فِي الْمَجَرَّدِ الْجَوَازَ.

وَمِنْهَا: الزَّوْجَةُ الْمَوْطُوءَةُ لِشَبْهَةِ يَحْرُمُ وَطْؤُهَا مُدَّةَ الْاسْتِبْرَاءِ وَفِي مُقَدِّمَاتِ الْوَطْءِ وَجْهَانِ.

وَمِنْهَا: الْجَمْعُ بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ الْمَمْلُوكَتَيْنِ فِي الْاسْتِمْتَاعِ بِمُقَدِّمَاتِ الْوَطْءِ قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ يُكْرَهُ وَلَا يَحْرُمُ، وَيَتَوَجَّهُ أَنَّ يَحْرُمُ أَمَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّ الْمُبَاشَرَةَ لَشَهْوَةٍ كَالْوَطْءِ فِي تَحْرِيمِ الْأَخْتِ حَتَّى تَحْرُمَ الْأُولَى فَلَا إِشْكَالَ.

* * *

(١) وعند الحنفية يحرم الاستمتاع بما تحت السرة إلى تحت الركبة. نور الإيضاح (١/ ٣٢).

القاعدة السابعة والثلاثون بعد المائة:

الوَاجِبُ بِقَتْلِ الْعَمْدِ هَلْ هُوَ الْقَوْدُ عَيْنًا أَوْ أَحَدُ أَمْرَيْنِ إِمَّا الْقَوْدُ وَإِمَّا الدِّيَّةُ، فِيهِ رَوَايَتَانِ مَعْرُوفَتَانِ وَيَتَفَرَّعُ عَلَيْهِمَا ثَلَاثُ قَوَاعِدَ، اسْتِيفَاءُ الْقَوْدِ، وَالْعَفْوُ عَنْهُ، وَالصَّلْحُ عَنْهُ.

القاعدة الأولى في استيفاء القود: فيتعين حق المستوفي فيه بغير إشكال ثم إن قلنا: الواجب القود عينًا فلا يكون الاستيفاء تفويتًا للمال وإن قلنا: أحد الأمرين فهل هو تفويت للمالك أم لا؟ على وجهين، ويتفرع عليها مسائل:

منها: إذا قُتِلَ الْعَبْدُ الْمَرْهُونُ، فَاقْتَصَّ الرَّاهِنُ مِنْ قَاتِلِهِ بغير إذن المُرْتَهِنِ فهل يلزمه الضمان للمُرْتَهِنِ أم لا؟ على وجهين. أشهرهما اللزوم نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو اختيار القاضي والأكثرين [قالوا: ولا يجوز له القصاص بدون إذن المُرْتَهِنِ]؛ لأن الواجب كان أحد أمرين فإذا عينه بالقصاص فقد فوت المال الواجب على المُرْتَهِنِ وقد كان تعلق حقه برقبة العبد المرهون فيتعلق ببدله الواجب فهو كما لو قتله أو أعتقه فيضمنه بقيمته في المنصوص وبه جزم في المحرر، وقال القاضي والأكثرون: بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية والخلاف في هذا يشبه الخلاف فيما يضمن به العبد الجاني إذا أعتقه عالمًا بالجناية.

والوجه الثاني: لا يلزمه ضمان وصححه صاحب المحرر؛ لأن المال إنما يتعين بالاختيار والاختيار نوع تكسب والتكسب للمُرْتَهِنِ لا يلزم ولهذا لم يلزم المقلس أخذ المال إذا جنى عليه جناية توجب القود بل له الاقتصاص ولا نعدم شيئًا مع تعلق حقوق الغرماء بأعيان ماله وليس له مال آخر يغرم منه فظاهر كلام صاحب الكافي أن الوجهين على قولنا موجب العمد القود عينًا. فأما إن قلنا: أحد أمرين وجب الضمان لتفويت المال الواجب وهو بعيد فأما إن قلنا: الواجب القود عينًا فإنما فوت اكتساب المال لم يفوت مالا واجبًا فلا يتوجه الضمان بالكليّة وأطلق القاضي وابن عقيل من غير بناء على أحد القولين ويتعين بناؤه على القول بأن الواجب أحد أمرين؛ لأنهما صرحا في العفو أنه لا يوجب الضمان إذا قلنا: الواجب القود عينًا، وعللاً بأنه إنما فوت على المُرْتَهِنِ اكتساب المال وذلك غير لازم له ولاقتصاص مثل العفو ثم وجد الشيخ مجد الدين صرح بهذا البناء الذي ذكرته.

ومنها: إذا قُتِلَ عَبْدٌ مِنَ التَّرِكَةِ الْمُسْتَغْرَقَةِ بِالْذَّبُونِ عَمْدًا وقلنا: يتقبل المالك إلى الورثة

فَاخْتَارُوا الْقَصَاصَ فَهَلْ يُطْلَبُونَ بِقِيَمَةِ الْعَبْدِ أَمْ لَا؟ يُخْرَجُ عَلَى الْمَرْهُونِ.
وَمِنْهَا: الْعَبْدُ الْمُوصَى بِمَنْفَعَتِهِ إِذَا قُتِلَ عَمْدًا فَهَلْ لِمَالِكِ الرِّقْبَةِ الْاِقْتِصَاصُ بَعْدَ إِذْنِ مَالِكِ
الْمَنْفَعَةِ وَهَلْ يَضْمَنُ أَمْ لَا؟ صَرَحَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِالْمَنْعِ كَالرَّهْنِ سَوَاءً وَهَذَا يَتَخَرَّجُ
عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ أَنَّ حَقَّ مَالِكِ الْمَنْفَعَةِ لَمْ يَبْطُلْ بِالْقَتْلِ وَأَمَّا عَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ وَهُوَ
بُطْلَانُ حَقِّهِ بِالْقَتْلِ جَعَلًا لِلْوَصِيَّةِ بِالْمَنْفَعَةِ كَالْهَبَةِ الَّتِي لَمْ تُقْبَضْ فَلَا يَمْنَعُ مَالِكُ الرِّقْبَةِ مِنَ
الْاِقْتِصَاصِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا جَنَى عَلَى الْمُكَاتَبِ فَهَلْ لَهُ أَنْ يَقْتَصَّ بِدُونِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي
الْمُجَرَّدِ وَأَبْنِ عَقِيلِ الْجَوَازَ؛ لِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ بِالْقِصَاصِ وَالْعَفْوَ عَنْهُ إِلَى الْعَبْدِ دُونَ سَيِّدِهِ وَلَوْ
كَانَ قَتْلًا وَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: قِيَاسُ الْمَذْهَبِ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ فِي مَنْعِهِ مِنَ الْاِقْتِصَاصِ مِنْ
عِيْدِهِ إِذَا قُتِلَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ الْاِقْتِصَاصُ بِدُونِ إِذْنِ سَيِّدِهِ وَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّ
الْقَاتِلَ قَدْ فَوَّتَ مَالًا مَمْلُوكًا فَهُوَ كَقَتْلِ الرَّاهِنِ الْمَرْهُونِ بِقِصَاصٍ اسْتَحَقَّهُ عَلَيْهِ، وَلَكِنْ لَا
يَلْزَمُ ضَمَانُ الْمُكَاتَبِ لِسَيِّدِهِ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يَسْتَحِقُّ انْتِزَاعَ ذَلِكَ مِنْهُ وَهَذَا بِخِلَافِ اِقْتِصَاصِ
الْمُكَاتَبِ مِنَ الْجَانِي عَلَيْهِ فَإِنَّهُ لَمْ يَفُوتْ بِهِ مَالًا مَمْلُوكًا لَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ قُتِلَ الْعَبْدُ الْمُوصَى بِهِ لِمُعَيَّنٍ قَبْلَ قَبُولِهِ فَهَلْ لِلْوَرِثَةِ الْاِقْتِصَاصُ بِدُونِ إِذْنِ
الْمُوصَى لَهُ، إِذَا قُلْنَا: هُوَ مِلْكٌ يَتَوَجَّهُ الْمَنْعُ إِذَا قُلْنَا: إِنَّ الْجَنَايَةَ أَوْجَبَتْ أَحَدَ شَيْئَيْنِ فَإِنْ
فَعَلُوا ضَمِنُوا لِلْمُوصَى لَهُ الْقِيَمَةُ إِذَا قِيلَ.

وَمِنْهَا: لَوْ قُتِلَ عَبْدٌ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ عَمْدًا فَإِنْ كَانَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ فَهُمَا شَرِيكَانَ وَلَيْسَ
لأَحَدِهِمَا الْاِنْفِرَادُ بِالْقِصَاصِ وَلَا الْعَفْوُ. هَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ الْقَاضِي وَأَبْنِ عَقِيلٍ فَلَوْ اقْتَصَصَ رَبُّ
الْمَالِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ الْمُضَارَبِ تَوَجَّهَ أَنْ يَضْمَنَ لِلْمُضَارَبِ حِصَّتَهُ مِنَ الرَّبْحِ إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ
بِالْقَتْلِ أَحَدُ شَيْئَيْنِ.

الْقَاعِدَةُ الثَّانِيَّةُ فِي الْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ: وَكَهْ ثَلَاثَةُ أَحْوَالٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يَقَعَ الْعَفْوُ إِلَى الدِّيَّةِ وَفِيهِ طَرِيقَانِ:

إِحْدَاهُمَا: ثُبُوتُ الدِّيَّةِ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ لَوْ هِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي. وَالثَّانِيَّةُ: بِنَاؤُهُ عَلَى
الرِّوَايَتَيْنِ. فَإِنْ قُلْنَا: مُوجِبُهُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ ثَبَّتَتِ الدِّيَّةُ وَإِلَّا لَمْ يَثْبُتْ شَيْءٌ بِدُونِ تَرَاضٍ مِنْهُمَا
وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي الْخَطَّابِ وَأَبْنِ عَقِيلٍ وَذَكَرَهَا الْقَاضِي أَيْضًا فِي الْمُضَارَبَةِ، فَيَكُونُ الْقَوْدُ بَاقِيًا
بِحَالِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِإِسْقَاطِهِ إِلَّا بِعَوَضٍ وَلَمْ يَحْصُلْ لَهُ.

وَالْحَالَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يَعْفُوَ عَنِ الْقِصَاصِ وَلَا يَذْكُرَ مَالًا، فَإِنْ قُلْنَا: مُوجِبُهُ الْقِصَاصُ عَيْنًا فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ قُلْنَا: أَحَدَ شَيْئَيْنِ ثَبَتَ الْمَالُ وَخَرَجَ ابْنُ عَقِيلٍ أَنَّهُ إِذَا عَفِيَ عَنِ الْقَوْدِ سَقَطَ وَلَا شَيْءَ بِكُلِّ حَالٍ عَلَى كُلِّ قَوْلٍ؛ لِأَنَّهُ يَعْفُوهُ عَنْهُ تَعَيَّنَ الْوَاجِبُ فِيهِ بِتَصَرُّفِهِ فِيهِ فَهُوَ كَمَا لَوْ أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعٍ ثُمَّ طَلَّقَ إِحْدَاهُنَّ فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ الْاِخْتِيَارُ فِيهَا وَهَذَا ضَعِيفٌ فَإِنْ إِسْقَاطَ الْقَوْدِ تَرَكَ لَهُ وَإِعْرَاضُ عَنْهُ وَعُدُولٌ إِلَى غَيْرِهِ وَلَيْسَ اخْتِيَارًا لَهُ وَلِهَذَا يَمْلِكُ الْعَفْوُ عَنِ الْقَوْدِ وَالْمَالِ جَمِيعًا وَلَيْسَ لَهُ اخْتِيَارُهُمَا جَمِيعًا بِخِلَافِ الزَّوْجَاتِ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ طَلَاقَ أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعٍ مِنْهُنَّ عَلَى الْمَشْهُورِ.

الْحَالَةُ الثَّالِثَةُ: أَنْ يَعْفُوَ عَنِ الْقَوْدِ إِلَى غَيْرِ مَالٍ مُصَرِّحًا بِذَلِكَ فَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقِصَاصُ عَيْنًا فَلَا مَالَ لَهُ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ وَقَوْلُهُ هَذَا لَعَوٌ، وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدَ شَيْئَيْنِ سَقَطَ الْقِصَاصُ وَالْمَالُ جَمِيعًا، فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ تَبَرَّعَ لَهُ كَالْمُفْلِسِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ وَالْمُكَاتَبِ وَالْمَرِيضِ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ وَالْوَرِثَةِ مَعَ اسْتِغْرَاقِ الدُّيُونِ لِلتَّرِكَهَةِ فَوَجَّهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَسْقُطُ الْمَالُ بِإِسْقَاطِهِمْ وَهُوَ الْمَشْهُورُ؛ لِأَنَّ الْمَالَ وَجِبَ بِالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ وَلَا يُمَكِّنُهُمْ إِسْقَاطُهُ بَعْدَ ذَلِكَ كَالْعَفْوِ عَنْ دِيَةِ الْخَطَا.

الثَّانِي: يَسْقُطُ فِي الْمُحَرَّرِ أَنَّهُ الْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْمَالَ لَا يَتَعَيَّنُ بِدُونِ اخْتِيَارِهِ لَهُ أَوْ إِسْقَاطِ الْقِصَاصِ وَحْدَهُ وَأَمَّا إِسْقَاطُهُمَا فِي كَلَامٍ وَاحِدٍ مُتَّصِلٍ سَقَطًا جَمِيعًا مِنْ غَيْرِ دُخُولِ الْمَالِ فِي مِلْكِهِ وَيَكُونُ ذَلِكَ اخْتِيَارًا مِنْهُ. نَقُولُ لِتَرْكِ التَّمْلِكِ فَلَا يَدْخُلُ الْمَالُ فِي مِلْكِهِ، إِذَا تَقَرَّرَ هَذَا فَهَلْ يَكُونُ الْعَفْوُ تَفْوِيتًا لِلْمَالِ إِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْوَاجِبَ الْقَوْدَ عَيْنًا لَمْ يَكُنِ الْعَفْوُ تَفْوِيتًا لِلْمَالِ] فَلَا يُوجِبُ ضَمَانًا صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَكَلَامُ أَبِي الْخَطَّابِ يَدُلُّ عَلَى وَجُوبِ الضَّمَانِ وَصَرَّحَ فِي الْكَافِي بِأَنَّهُ عَلَى وَجْهَيْنِ كَمَا لَوْ اقْتَصَّ مِنْهُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ فَإِنَّ عِنْدَهُ فِي الضَّمَانِ وَجْهَيْنِ وَقَدْ سَبَقَ بَيَانُ ضَعْفِ ذَلِكَ وَمُخَالَفَتُهُ لِظَاهِرِ تَعْلِيلِ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ. وَكَذَلِكَ فِي التَّلْخِيصِ أَنَّ فِي الضَّمَانِ هَاهُنَا وَجْهَيْنِ وَصَحَّحَ عَدَمَهُ وَلَمْ يَذْكُرْ فِي الضَّمَانِ إِذَا اقْتَصَّ خِلَافًا، وَفَرَّقَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ بَيْنَ الضَّمَانِ بِالِاقْتِصَاصِ وَعَدَمِ الضَّمَانِ بِالْعَفْوِ بِأَنَّهُ إِذَا اقْتَصَّ فَقَدْ اسْتَوْفَى بِذَلِكَ الْمَالَ فَلِذَلِكَ لَزِمَهُ الضَّمَانُ بِخِلَافِ مَا إِذَا عَفَى فَإِنَّهُ لَمْ يَسْتَوْفِ لَهُ بَدَلًا بَلْ فَاتَ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا، وَلِهَذَا لَوْ أَبْرَأَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْغَرِيمَ مِنْ حَقِّهِ بَرِئَ وَلَمْ يَلْزَمْ الضَّمَانُ لِشَرِيكِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَوْفَى حَقَّهُ أَوْ بَدَلَهُ فَإِنَّهُ لِشَرِيكِهِ نَصِيبُهُ مِنْهُ، وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدَ شَيْئَيْنِ فَعَفِيَ مَجَانًّا فَفِي الْكَافِي هُوَ كَالْعَفْوِ عَنِ الْمَالِ فَإِنْ كَانَ مَحْجُورًا

عَلَيْهِ لَمْ يَصَحَّ وَإِنْ كَانَ وَاهِبًا فَبِهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُوهٍ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَصَحُّ وَهُوَ اخْتِيَارُهُ أَغْنَى صَاحِبَ الْكَافِي كَمَا لَا يَصَحُّ عَفْوُ الْمُفْلِسِ.
وَالثَّانِي: يَصَحُّ يُؤْخَذُ مِنْهُ الْقِيَمَةُ تَكُونُ رَهْنًا؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهُ بِعَفْوِهِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ وَبِهِ
جَزَمَ صَاحِبُ التَّلْخِصِ. وَالثَّلَاثُ يَصَحُّ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الرَّاهِنِ دُونَ الْمُرْتَهِنِ فَتُؤْخَذُ الْقِيَمَةُ مِنَ
الْجَانِي تَكُونُ رَهْنًا مَكَانَهُ فَإِذَا زَالَ الرَّهْنُ رُدَّتْ إِلَى الْجَانِي وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَأَبْنِ عَقِيلٍ،
وَأَمَّا عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي الَّذِي حَكَيْنَاهُ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ فِي صِحَّةِ عَفْوِ الْمُفْلِسِ وَالْمَرِيضِ
فِيمَا إِذَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ وَالْوَرَّةُ وَنَحْوُهُمْ فَيَتَخَرَّجُ فِي الضَّمَانِ وَجَهَانِ كَالْأَقْصَاصِ إِذَا قُلْنَا:
الْوَاجِبُ أَحَدَ شَيْئَيْنِ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: عَفْوُ الرَّاهِنِ عَنِ الْجِنَايَةِ عَلَى الْمَرْهُونِ وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهُ مُسْتَوْفَى.

وَمِنْهَا: عَفْوُ الْمُفْلِسِ عَنِ الْجِنَايَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْقَوْدِ مَجَانًا فَالْمَشْهُورُ أَنَّا إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ
الْقَوْدُ عَيْنًا صَحَّ، وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُ أَمْرَيْنِ لَمْ يَصَحَّ الْعَفْوُ عَنِ الْمَالِ وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ
الَّذِي قِيلَ إِنَّهُ الْمَنْصُوصُ يَصَحُّ، وَعَلَى طَرِيقَةٍ مِنْ حَكَى الضَّمَانِ وَهُوَ الْمَرْهُونُ، وَإِنْ قُلْنَا:
الْوَاجِبُ الْقَوْدُ عَيْنًا يَخْرُجُ هَاهُنَا مِثْلُهُ.

وَمِنْهَا: عَفْوُ الْمَكَاتِبِ عَنِ الْقِصَاصِ وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُفْلِسِ.

وَمِنْهَا: عَفْوُ الْوَرَّةِ عَنِ الْقِصَاصِ مَعَ اسْتِغْرَاقِ الدِّيُونِ وَحُكْمُهُ حُكْمُ ذَلِكَ

وَمِنْهَا: عَفْوُ الْمَرِيضِ عَنِ الْقِصَاصِ وَحُكْمُهُ فِيمَا إِذَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ كَذَلِكَ.

وَمِنْهَا: إِذَا عَفَى الْوَارِثُ عَنِ الْعَبْدِ الْجَانِي عَلَى الْعَبْدِ الْمُوصَى بِمَنْفَعَتِهِ هَلْ يَضْمَنُ لِمَالِكِ
الْمَنْفَعَةِ قِيَمَتَهَا عَلَى وَجْهَيْنِ حَكَاهُمَا فِي التَّرْغِيبِ وَالْأَظْهَرُ تَخْرِيجُهُمَا عَلَى أَنَّ حَقَّ صَاحِبِ
الْمَنْفَعَةِ هَلْ سَقَطَ بِالْإِثْلَافِ أَمْ لَا، وَيَتَوَجَّهُ أَنَّ لَا يَنْقُذُ عَفْوُهُ فِي قَدْرِ قِيَمَةِ الْمَنَافِعِ؛ لِأَنَّهَا مِلْكٌ
لِلْغَيْرِ إِذَا قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُ أَمْرَيْنِ وَهَذَا بِخِلَافِ الْعَفْوِ عَنِ الْجَانِي عَلَى الْعَبْدِ الْمُسْتَأْجَرِ؛
لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَنْفَسَخُ بِالْقَتْلِ وَيَرْجِعُ الْمُسْتَأْجَرُ بِبَقِيَّةِ الْأَجْرَةِ

وَمِنْهَا: إِذَا قَتَلَ الْعَبْدُ الْمُوصَى بِهِ الْمُعَيَّنُ قَبْلَ قَبُولِهِ فَهَلْ لِلْوَرَّةِ الْعَفْوُ عَنْ قَاتِلِهِ بِدُونِ
اخْتِيَارِ الْمُوصَى لَهُ بِهِ؛ لِأَنَّ قِيَمَتَهُ لَهُ صَرَّحَ بِذَلِكَ أَبُو الْخَطَّابِ وَالْأَصْحَابُ، وَيَتَوَجَّهُ تَخْرِيجُ
ذَلِكَ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقِصَاصُ عَيْنًا فَلَمْ يَجِبْ بِهِذِهِ الْجِنَايَةِ مَالٌ فَلَهُمُ
الْعَفْوُ وَلَا سِيَّمَا عَلَى قَوْلِنَا أَنَّ مِلْكَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ لَهُمْ، وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوْدُ عَيْنًا فِي
الْمَرْهُونِ يَخْرُجُ هَاهُنَا مِثْلُهُ.

وَمِنْهَا: الْعَفْوُ عَنِ الْوَارِثِ الْجَانِي فِي مَرَضِ الْمَوْتِ عَنْ دَمِ الْعَمَدِ إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوْدُ عَيْنًا فَهُوَ صَحِيحٌ وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ فَكَذَلِكَ صَرَحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي وَيَتَوَجَّهُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ يُؤَوِّقُهُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ.

تَنْبِيْهَانِ: أَحَدُهُمَا: لَوْ أَطْلَقَ الْعَفْوُ عَنِ الْجَانِي عَمْدًا فَهَلْ يَنْتَزِلُ عَفْوُهُ عَلَى الْقَوْدِ وَالِدِيَّةِ^(١) أَوْ عَلَى الْقَوْدِ وَحْدَهُ، وَحَكَى صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ ثَلَاثَةَ أَوْجُوْهٍ:

أَحَدُهَا: وَذَكَرَ أَنَّهُ الْمَنْصُوصُ أَنَّهُ يَنْصَرِفُ إِلَيْهَا جَمِيعًا وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي رِوَايَةٍ مُهْنًا.

وَالثَّانِي: يَنْصَرِفُ إِلَى الْقَوْدِ وَحْدَهُ إِلَّا أَنْ يُقَرَّرَ بِإِرَادَةِ الدِّيَّةِ مَعَ الْقَوْدِ.

وَالثَّلَاثُ: يَكُونُ عَفْوًا عَنْهُمَا إِلَّا أَنْ يَقُولَ لَمْ أَرِدِ الدَّيَّةَ فَيَحْلِفُ وَيَقْبَلُ مِنْهُ. وَفِي التَّرْغِيبِ إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوْدُ وَحْدَهُ سَقَطَ وَلَا دِيَّةَ، وَإِنْ قُلْنَا: أَحَدُ شَيْئَيْنِ انْصَرَفَ الْعَفْوُ إِلَى الْقِصَاصِ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ وَالْآخَرَى يَسْقُطَانِ جَمِيعًا.

الثَّانِي: لَوْ اخْتَارَ الْقِصَاصَ فَلَهُ ذَلِكَ وَهَلْ لَهُ الْعَفْوُ عَنْهُ إِلَى الدِّيَّةِ، إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ هُوَ الْقِصَاصُ عَيْنًا فَلَهُ تَرْكُهُ إِلَى الدِّيَّةِ وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ فَعَلَى بِالسَّقْيِ حَكَاهُمَا فِي التَّرْغِيبِ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَأَبْنِ عَقِيلٍ وَلَآنَ أَكْثَرَ مَا فِيهِ أَنَّهُ مُعَيَّنٌ لَهُ الْقِصَاصُ فَيَجُوزُ لَهُ تَرْكُهُ إِلَى مَالٍ كَمَا إِذَا قُلْنَا: هُوَ الْوَاجِبُ عَيْنًا.

وَالثَّانِي: لَا، وَهُوَ أَحْتِمَالٌ فِي الْكَافِي وَالْمُحَرَّرِ؛ لِأَنَّهُ اسْقَطَ حَقَّهُ مِنَ الدِّيَّةِ بِاخْتِيَارِهِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ إِلَيْهَا كَمَا لَوْ عَفَى عَنْهَا وَعَنِ الْقِصَاصِ. وَفَارَقَ مَا إِذَا قُلْنَا: إِنْ الْقَوْدُ هُوَ الْوَاجِبُ عَيْنًا؛ لِأَنَّ الْمَالَ لَمْ يَسْقُطْ بِاسْقَاطِهِ وَيَجَابُ عَنْ هَذَا بِأَنَّ الَّذِي اسْقَطَهُ هُوَ الدِّيَّةُ الْوَاجِبَةُ بِالْجَنَايَةِ، وَالْمَأْخُودُ هُنَا غَيْرُهُ وَهُوَ مَأْخُودٌ بِطَرِيقِ الْمُصَالَحَةِ عَنِ الْقِصَاصِ الْمُتَعَيَّنِ.

الْقَاعِدَةُ الثَّلَاثَةُ الصَّلْحُ عَنْ مُوجِبِ الْجَنَايَةِ: فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ الْقَوْدُ وَحْدَهُ فَلَهُ الصَّلْحُ عَنْهُ بِمِقْدَارِ الدِّيَّةِ وَيَأْخُذُ أَكْثَرَ مِنْهَا إِذْ الدِّيَّةُ غَيْرُ وَاجِبَةٍ بِالْجَنَايَةِ وَكَذَلِكَ إِذَا اخْتَارَ الْقَوْدَ أَوَّلًا ثُمَّ رَجَعَ إِلَى الْمَالِ وَقُلْنَا: لَهُ ذَلِكَ فَإِنَّ الدِّيَّةَ سَقَطَتْ وَجُوبُهَا وَإِنْ قُلْنَا: أَحَدُ شَيْئَيْنِ فَهَلْ يَكُونُ الصَّلْحُ عَنْهَا صَلْحًا عَنِ الْقَوْدِ أَوْ الْمَالِ عَلَى وَجْهَيْنِ؟ يَتَفَرَّغُ عَلَيْهِمَا مَسَائِلُ:

(١) فذهب الشافعية: أن لا دية، ولو عفا عن الدين لغا وله العقود عنها بعد القصاص. منهاج الطالبين (ج١) ١٢٥/.

مِنْهَا: هَلْ يَصِحُّ الصَّلْحُ عَلَى أَكْثَرِ مِنَ الدِّيَةِ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهَا أَمْ لَا؟ قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الْإِنْصَارِ: لَا يَصِحُّ لِأَنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ بِالْعَفْوِ وَالْمُصَالَحَةِ فَلَا يَجُوزُ أَخْذُ أَكْثَرِ مِنَ الْوَاجِبِ مِنَ الْجَنْسِ وَكَذَلِكَ قَالَ صَاحِبُ التَّلْخِصِ: يَصِحُّ غَيْرُ جَنْسِ الدِّيَةِ وَلَا يَصِحُّ عَلَى جَنْسِهَا إِلَّا بَعْدَ تَعْيِينِ الْجَنْسِ مِنْ لَيْلٍ أَوْ بَقَرٍ أَوْ غَنَمٍ أُعْطِيَ مِنْ رَبَا النَّسِيئَةِ وَرَبَا الْفَضْلِ، وَأَطْلَقَ الْأَكْثَرُونَ جَوَازَ الصَّلْحِ بِأَكْثَرِ مِنَ الدِّيَةِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ. قَالَ فِي الْمَغْنِيِّ: لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا وَصَرَّحَ السَّامِرِيُّ فِي فُرُوقِهِ بِجَوَازِ الصَّلْحِ بِأَكْثَرِ مِنَ الدِّيَةِ. وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ وَعَلَّلَ بِأَنَّ الْقَوْدَ ثَابِتٌ فَلَمَّا خُوذَ عَوْضٌ عَنْهُ وَلَيْسَ مِنْ جَنْسِهِ فَجَازَ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيرِ كَسَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ الْجَائِزَةِ. وَأَمَّا الْقَوْدُ فَقَدْ يُقَالُ: إِنَّمَا يَسْقُطُ بَعْدَ صِحَّةِ الصَّلْحِ وَثُبُوتِهِ وَأَمَّا مُجَرَّدُ الْمُعَاوَضَةِ فِي عَقْدِ الصَّلْحِ فَلَا يُوْجِبُ سُقُوطَهُ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَسْقُطُ بِعَوْضٍ فَلَا يَسْقُطُ بِدُونِ ثُبُوتِ الْعَوْضِ لَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ صَالَحَ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ بِشِقْصٍ هَلْ يُؤْخَذُ بِالشُّعْعَةِ أَمْ لَا إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوْدُ عَيْنًا فَالشَّقْصُ مَا خُوذَ بِعَوْضٍ غَيْرِ مَالِيٍّ فَلَا شُعْعَةٌ فِيهِ عَلَى أَشْهَرِ الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ خِلَافًا لِأَبِي حَامِدٍ، وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ فَهُوَ مَا خُوذَ بِعَوْضٍ مَالِيٍّ إِذْ هُوَ عَوْضٌ عَنِ الدِّيَةِ لِتَعْيِينِهَا بِاخْتِيَارِ الصَّلْحِ صَرَّحَ بِهِ صَاحِبُ الْمَغْنِيِّ وَالتَّلْخِصِ وَكَذَلِكَ السَّامِرِيُّ فِي الْمُسْتَوْعِبِ وَهُوَ خِلَافُ مَا قَرَّرَهُ فِي الْفُرُوقِ وَتَوَجَّهَ عَلَى قَوْلٍ مِنْ قَالَ: الصَّلْحُ عَنِ الْقَوْدِ أَنْ يُطْرَدَ فِيهِ الْوَجْهَانِ الْأَوَّلَانِ وَهُوَ وَقَفٌ عَلَى إِبْطَالِ الْأَكْثَرِينَ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَتَلَ عَبْدُهُ عَبْدًا مِنْ مَالِ التِّجَارَةِ عَمْدًا فَصَالَحَ الْمَالِكَ عَنْهُ بِمَالٍ فَذَكَرَ الْقَاضِي فِي التَّخْرِيجِ أَنَّهُ إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقِصَاصُ عَيْنًا لَمْ يَصِرِ الْمَالُ الْمُصَالَحَ بِهِ لِلتِّجَارَةِ إِلَّا بَيْنَةً وَعَلَّلَ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَوْضٍ عَنِ الْمَقْتُولِ بَلْ عَنِ الْقِصَاصِ وَإِنْ قُلْنَا: أَحَدُ شَيْئَيْنِ فَهُوَ مِنْ مَالِ التِّجَارَةِ بِغَيْرِ نِيَّةٍ كَثْمَنِ الْمَبِيعِ، وَعَلَّلَ بِأَنَّهُ عَوْضٌ عَنِ الْمَقْتُولِ فَهُوَ كَقَتْلِ الْخَطَا، وَهَذَا مُنْزَلٌ عَلَى أَنَّ الصَّلْحَ وَقَعَ عَلَى الْمَالِ أَمَّا إِنْ قِيلَ: إِنَّهُ وَقَعَ عَنِ الْقَوْدِ فَقَدْ يُقَالُ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ عَنِ الْعَبْدِ وَقَدْ يُقَالُ: لَا يَصِيرُ لِلتِّجَارَةِ إِلَّا بَيْنَةٌ وَظَاهِرُ تَعْلِيلِ الْقَاضِي بِدَلٍّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ عَوْضٌ عَمَّا كَانَ يَسْتَحِقُّهُ عَلَى مَالِكِ الْجَانِي مِنْ إِرَاقَةٍ دَمِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَخَذَ قِيمَةَ الْجَانِي أَوْ بَاعَهُ فِي الْجِنَايَةِ فَإِنَّهُ اسْتَوْفَى الْمَالِ الْوَاجِبَ بِالْقَتْلِ عَوْضًا عَنِ الْعَبْدِ الْمَقْتُولِ. وَذَكَرَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْمُضَارَبَةِ إِذَا قَتَلَ عَبْدٌ عَبْدًا مِنْ عِبِيدِ الْمُضَارَبَةِ عَمْدًا فَصَالَحَ عَنْهُ بِمَالٍ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ بِكُلِّ حَالٍ عَنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ فَهُوَ كَالثَّمَنِ وَلَمْ يَبَيِّنْهُ عَلَى الْخِلَافِ فِي مُوجِبِ الْعَمْدِ إِذْ هُوَ بَدَلٌ عَنْهُ بِكُلِّ حَالٍ فَلَا حَاجَةَ هَاهُنَا إِلَى نِيَّةٍ وَلَكِنْ قَدْ بَيَّنِّي عَلَى مَا

ذَكَرْنَاهُ مِنْ أَنَّ الصَّلَحَ هَلْ وَقَعَ عَنِ الْمَالِ أَوْ عَنِ الْقَوْدِ وَقَالَ أَبُو الْبَرَكَاتِ فِي تَعْلِيلِهِ عَلَى الْهَدَايَةِ يُحْتَمَلُ عِنْدِي أَنَّهُ مَتَى قُلْنَا: الْقِصَاصُ يَجِبُ عَيْنًا أَنَّ الْمُضَارَبَةَ قَدْ بَطَلَتْ وَيَكُونُ الْجَمِيعُ مَا صَالَحَ عَنْهُ لِلْسَيِّدِ مُلْكًا جَدِيدًا.

* * *

القاعدة الثامنة والثلاثون بعد المائة:

الْعَيْنُ الْمُتَعَلِّقُ بِهَا حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى أَوْ لِأَدَمِيٍّ، إِمَّا أَنْ تَكُونَ مَضْمُونَةً أَوْ غَيْرَ مَضْمُونَةٍ فَإِنْ كَانَتْ مَضْمُونَةً وَجِبَ ضَمَانُهَا بِالتَّلَفِ وَالْإِتْلَافِ بِكُلِّ حَالٍ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَضْمُونَةً لَمْ يَجِبْ ضَمَانُهَا بِالتَّلَفِ وَوَجِبَ بِالْإِتْلَافِ إِنْ كَانَ مُسْتَحَقُّ مَوْجُودٌ وَإِلَّا فَلَا، أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَهُ أَمْثَلَةٌ:

مِنْهَا: الزَّكَاةُ فَإِذَا قُلْنَا: تَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ عَلَى الْمَشْهُورِ فَإِنَّهَا لَا تَسْقُطُ بِتَلَفِ الْمَالِ وَيَجِبُ ضَمَانُهَا.

وَمِنْهَا: الصَّيْدُ فِي حَقِّ الْمُحْرِمِ وَفِي الْحَرَمِ مَضْمُونٌ عَلَى الْمَالِكِ بِالْجَزَاءِ.
وَأَمَّا الثَّانِي فَلَهُ أَمْثَلَةٌ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: الرِّهْنُ يُضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ مِثْلُ أَنْ يَسْتَهْلِكَهُ الرَّاهِنُ أَوْ يُعْتِقَهُ إِنْ كَانَ عَبْدًا وَلَا يُضْمَنُ بِالتَّلَفِ.

وَمِنْهَا: الْعَبْدُ الْجَانِي إِذَا أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ فَإِنَّهُ يَضْمَنُهُ وَهَلْ يَضْمَنُهُ بِأَرْشِ الْجَنَايَةِ مُطْلَقًا أَوْ بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِنْهُ وَمِنْ قِيَمَتِهِ عَلَى رَوَايَتَيْنِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَأَنْكَرَ فِي الْخِلَافِ رَوَايَةَ الضَّمَّانِ بِالْأَرَشِ مُطْلَقًا قَالَ: لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَحِلَّ الْحَقِّ فَلَمْ يَلْزَمْهُ أَكْثَرُ مِنْ ضَمَانِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَارَ فِدَاءَهُ فَإِنَّهُ مَعَ بَقَائِهِ قَدْ يَرْغَبُ فِيهِ رَاغِبٌ فَيَبْدُلُ فِيهِ مَا يَسْتَوْفِي مِنْهُ الْأَرَشُ كُلَّهُ فَلِذَلِكَ ضَمِنَهُ بِأَرْشِ كُلِّهِ عَلَى رَوَايَةٍ وَنَقَلَ عَنْهُ ابْنُ مَنصُورٍ أَنَّهُ إِذَا عَلِمَ بِالْجَنَايَةِ ضَمِنَهُ بِالْأَرَشِ كُلِّهِ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ لَزِمَهُ الْأَقْلُ وَنَقَلَ عَنْهُ حَرْبٌ إِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ بِحَالٍ وَإِنْ عَلِمَ ضَمِنَهُ بِالْقِيَمَةِ فَقَطْ وَلَوْ قَتَلَهُ الْمَالِكُ لَزِمَهُ قِيَمَتُهُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَإِنْ قَتَلَهُ أَجْنَبِيٌّ فَفِي الْخِلَافِ الْكَبِيرِ يَسْقُطُ الْحَقُّ كَمَا لَوْ مَاتَ وَحَكَى الْقَاضِي فِي كِتَابِ الرُّوَايَتَيْنِ وَالْأَمْدِيُّ رَوَايَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: يَسْقُطُ الْحَقُّ قَالَ الْقَاضِي: نَقَلَهَا مِنْهَا لِفَوَاتِ مَحِلِّ الْجَنَايَةِ.

وَالثَّانِيَةِ: لَا تَسْقُطُ نَقَلَهَا حَرْبٌ وَاخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ وَبِهَا جَزَمَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ فَيَتَعَلَّقُ الْحَقُّ بِقِيَمَتِهِ؛ لِأَنَّهَا بَدَلُهُ فَهُوَ كَمَا لَوْ مَاتَ الْقَاتِلُ عَمْدًا فَإِنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ فِي تَرْكِتِهِ وَجَعَلَ

القَاضِي الْمُطَالَبَةَ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ لِلسَّيِّدِ، وَالسَّيِّدُ يُطَالِبُ الْجَانِي بِالْقِيَمَةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَتَلَ رَجُلًا عَمْدًا ثُمَّ قَتَلَ الْقَاتِلُ قَالَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ ابْنُ ثَوْبٍ فِي رَجُلٍ قَتَلَ رَجُلًا عَمْدًا ثُمَّ قَتَلَ الرَّجُلُ خَطَأً: لَهُمُ الدِّيَّةُ، قِيلَ لَهُ: وَإِنْ قَتَلَ عَمْدًا قَالَ: وَإِنْ قَتَلَ عَمْدًا فَقِيلَ لَهُ: فَإِنَّ قَوْمًا يَقُولُونَ: إِنَّهُ إِذَا قَتَلَ إِنَّمَا كَانَ لَهُمْ دَمُهُ وَلَيْسَ لَهُمُ الدِّيَّةُ قَالَ: لَيْسَ كَذَلِكَ الْحَدِيثُ إِنَّ أَوْلِيَاءَهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءُوا قَتَلُوا، وَإِنْ شَاءُوا قَبِلُوا الدِّيَّةَ فَقَدْ نَصَّ عَلَى أَنَّ الْقَاتِلَ إِذَا قَتَلَ تَعَيَّنَتِ الدِّيَّةُ فِي تَرْكِتِهِ وَعَلَى بَأْنِ الْوَاجِبِ يَقْتُلُ الْعَمْدَ أَحَدُ شَيْئَيْنِ وَقَدْ فَاتَ أَحَدُهُمَا فَتَعَيَّنَ الْآخَرُ. وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجِبُ شَيْءٌ إِذَا قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوْدُ عَيْنًا وَهَذَا يَقْوَى عَلَى قَوْلِنَا: إِنَّ الدِّيَّةَ لَا تَثْبُتُ إِلَّا بِالتَّرَاضِي. وَخَرَجَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَجْهًا آخَرَ وَقَوَاهُ أَنَّهُ يَسْقُطُ الدِّيَّةُ بِمَوْتِ الْقَاتِلِ أَوْ قَتْلِهِ بِكُلِّ حَالٍ مُعْسِرًا كَانَ أَوْ مُوسِرًا وَسَوَاءٌ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوْدُ عَيْنًا أَوْ أَحَدُ شَيْئَيْنِ؛ لِأَنَّ الدِّيَّةَ إِنَّمَا تَجِبُ بِإِزَاءِ الْعَفْوِ وَبَعْدَ مَوْتِ الْقَاتِلِ لَا عَفْوًا، فَيَكُونُ مَوْتُهُ كَمَوْتِ الْعَبْدِ الْجَانِي وَالْعَجَبُ مِنَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ كَيْفَ حَمَلَ هَذِهِ الرِّوَايَةَ عَلَى أَنَّ أَوْلِيَاءَ الْمَقْتُولِ الْأَوَّلَ يُخَيِّرُونَ فِي الْقَاتِلِ الثَّانِي بَيْنَ أَنْ يَقْتَصُوا مِنْهُ أَوْ يَأْخُذُوا الدِّيَّةَ وَتَبِعَهُ عَلَى ذَلِكَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فَحَكَاهُ رَوَايَةً وَمَنْ تَأَمَّلَ لَفْظَ الرِّوَايَةِ عَلِمَ أَنَّهَا لَا تَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ الْبَتَّةَ. وَقَالَ الْقَاضِي أَيْضًا فِي خِلَافِهِ: الدِّيَّةُ وَاجِبَةٌ فِي التَّرَكَةِ سَوَاءٌ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ أَوْ الْقِصَاصُ عَيْنًا وَكَلَامُ أَحْمَدَ يَدُلُّ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ كَمَا رَأَيْتُهُ وَكَذَلِكَ نَصَّ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الرَّجُلِ يَقْتُلُ عَمْدًا ثُمَّ يَقْدَمُ لِيُقَادَ مِنْهُ فَيَأْتِي رَجُلٌ فَيَقْتُلُهُ قَالَ: الْوَلِيُّ الْأَوَّلُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَتَلَ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَّةَ فَلَمَّا ذَهَبَ الدَّمُ فَيَنْظُرُ إِلَى أَوْلِيَاءِ هَذَا الْمَقْتُولِ الثَّانِي فَإِنْ هُمْ أَخَذُوا الدِّيَّةَ مِنَ الْقَاتِلِ الْأَخِيرِ فَقَدْ صَارَ مِيرَاثًا مِنْ مَالِهِ ثُمَّ يَعُودُ أَوْلِيَاءُ الدَّمِ الْأَوَّلُ فَيَأْخُذُونَهَا مِنْهُمْ بِدَمِ صَاحِبِهِمْ وَكَذَلِكَ نَقَلَ أَبُو الْخَطَّابِ عَنْ أَحْمَدَ وَقَالَ إِذَا فَاتَهُ الدَّمُ أَخَذَ الدِّيَّةَ مِنْ مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ؛ لِأَنَّهُ مُخَيَّرٌ إِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَّةَ وَإِنْ شَاءَ عَفَا وَهَذَا كُلُّهُ تَصْرِيحٌ بِالْحُكْمِ وَالتَّعْلِيلِ وَجَعَلَ الْمُطَالَبَةَ بِالدِّيَّةِ لِأَوْلِيَاءِ الْقَاتِلِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الدِّيَّةَ فِي مَالِهِ.

وَخَرَجَ صَاحِبُ الْمُعْنِيِّ وَجْهًا أَنَّ الْمُطَالَبَةَ لِقَاتِلِ الْقَاتِلِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ فَوَّتَ مَحِلَّ الْحَقِّ فَهُوَ كَمَا لَوْ قَتَلَ الْعَبْدَ الْجَانِي وَلِلْأَصْحَابِ وَجْهَانِ فِيمَا إِذَا قَتَلَ الْجَانِي بَعْضَ الْوَرَثَةِ حَيْثُ لَا يَنْفَرِدُ بِالِاسْتِيفَاءِ هَلِ الْبَاقُونَ حَصَّتْهُمْ مِنَ الدِّيَّةِ فِي مَالِ الْجَانِي أَمْ عَلَى الْمُقْتَصِّ عَلَى وَجْهَيْنِ وَعَلَى الْأَوَّلِ يَرْجِعُ وَرَثَةُ الْجَانِي عَلَى الْمُقْتَصِّ بِمَا فَوْقَ حَقِّهِ. وَنَقَلَ صَالِحٌ وَابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَجُلٍ قَتَلَ رَجُلًا فَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ عِنْدَ الْحَاكِمِ فَأَمَرَ بِقَتْلِهِ فَعَدَا بَعْضُ وَرَثَةِ الْمَقْتُولِ

فَقَتَلَ الرَّجُلَ بِغَيْرِ أَمْرِ الْحَاكِمِ. فَقَالَ: هَذَا قَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَتْلُ مَا لِلْحَاكِمِ هَاهُنَا وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ ضَمَانٌ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى الْحَقَّ لِنَفْسِهِ وَلِكُشْرَكَائِهِ وَلَا سِيَّمَا إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ بِقَتْلِ الْعَمْدِ الْقَوْدُ عَيْنًا.

وَمِنْهَا: لَوْ عَيَّنَ الْأَضْحِيَّةُ أَوْ هَدِيًّا لَا عَنْ وَاجِبٍ فِي الذِّمَّةِ فَإِنْ أَتْلَفَهُ أَوْ تَلَفَ بِتَفْرِيطِهِ فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ بِمِثْلِهِ؛ لِأَنَّ مُسْتَحَقَّهُ مَوْجُودٌ وَهُمْ مَسَاكِينُ وَإِنْ تَلَفَ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَتَقَلَّ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ لَوَائِنُ عَقِيلٍ فِي عَمْدِهِ رَوَايَةً بِوُجُوبِ الضَّمَانِ كَالزَّكَاةِ وَأَخَذُوا مِنْ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ وَمَنْ سَاقَ هَدِيًّا وَاجِبًا فَعَطِبَ دُونَ مَحَلِّهِ فَعَلَيْهِ مَكَانُهُ، وَهَذَا بَعِيدٌ جِدًّا وَكَلَامُ الْخِرَقِيِّ إِنَّمَا هُوَ فِي الْوَاجِبِ فِي الذِّمَّةِ. قَالُوا: وَكَذَا الْخِلَافُ فِيمَنْ نَذَرَ الصَّدَقَةَ بِمَالٍ مُعَيَّنٍ وَلَمْ يَفْعَلْ حَتَّى تَلَفَ هَلْ يَضْمَنُهُ عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ نَذَرَ عَتَقَ عَبْدًا مُعَيَّنَ فَمَاتَ قَبْلَ أَنْ يُعْتِقَهُ لَمْ يَلْزَمَهُ عَتَقُ غَيْرِهِ وَلَزِمَهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ لِعَجْزِهِ عَنِ الْمُنْذُورِ، وَإِنْ قَتَلَهُ السَّيِّدُ فَهَلْ يَلْزَمُهُ ضَمَانُهُ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: لَا يَلْزَمُهُ قَالَهُ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ مِنَ الْعَتَقِ تَكْمِيلُ الْأَحْكَامِ وَالْمَصْرَفُ لِلْعَبْدِ فَإِذَا فَاتَ الْمَصْرَفُ لَمْ يَبْقَ مُسْتَحَقُّ لِلْعَتَقِ.

وَالثَّانِي: يَلْزَمُهُ قَالَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فَيَجِبُ صَرْفُ قِيَمَتِهِ فِي الرِّقَابِ أَخَذًا مِنْ قَوْلِنَا فِي الْوَلَاءِ إِذَا حَصَلَ مِنَ الْمُعْتَقِينَ فِي الْكُفَّارَةِ صَرْفٌ فِي الرِّقَابِ وَالْوَلَاءِ أَلَيْسَ مِنَ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ الْاِكْتِسَابِ وَالْقِيَمَةِ بَدَلُ الذَّاتِ وَإِذَا كَانَتْ هَذِهِ الرِّقَابُ مَصْرُفًا فَلَا وَجْهَ لِسُقُوطِ الْقِيَمَةِ عَنْهُ، وَلَوْ أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ لِسَيِّدِهِ الْقِيَمَةُ وَلَا يَلْزَمُهُ صَرْفُهَا فِي الْعَتَقِ وَخَرَجَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ وَجْهًا بِوُجُوبِهِ وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ ابْنِ عَقِيلٍ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ قَائِمٌ مَقَامَ الْمَبْدُولِ وَلِهَذَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِعَبْدٍ فَقَتَلَ قَبْلَ قَبُولِهِ فَإِنْ قِيَمَتُهُ لَهُ إِذَا قُتِلَ.

* * *

القاعدة التاسعة والثلاثون بعد المائة:

الْحُقُوقُ الْوَاجِبَةُ مِنْ جِنْسٍ إِذَا كَانَ بَعْضُهَا مُقَدَّرًا بِالْشَّرْعِ وَبَعْضُهَا غَيْرُ مُقَدَّرٍ بِهِ، فَهِيَ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يَكُونَ تَقْدِيرُ الْحَقِّ خَشْيَةً سُقُوطِ صَاحِبِهِ فَحَيْثُ كَانَ مَنْ لَمْ يَقْدَرْ حَقَّهُ يَسْتَحِقُّ الْجَمِيعَ عِنْدَ الْاِنْفِرَادِ كَذَوِي الْفُرُوضِ مَعَ الْعَصَبَاتِ فِي الْمِيرَاثِ، فَهَاهُنَا قَدْ يَزِيدُ الْحَقُّ الَّذِي لَمْ يَقْدَرْ عَلَى الْحَقِّ الْمُقَدَّرِ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى مِنْهُ.

وَالْتَوُّعُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ التَّقْدِيرُ لِنَهَايَةِ الاسْتِحْقَاقِ وَغَيْرِ الْمُقَدَّرِ مَوْكُولًا إِلَى الرَّأْيِ وَالْاجْتِهَادِ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيرِهِ بِأَصْلٍ يَرْجِعُ إِلَيْهِ فَلَا يُرَادُّ الْحَقُّ الَّذِي لَمْ يُقَدَّرْ عَلَى الْمُقَدَّرِ هَاهُنَا، وَلَهُ صُورٌ:

مِنْهَا: الْحَدُّ وَالتَّعْزِيرُ فَلَا يَبْلُغُ بِتَعْزِيرِ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ أَدْنَى حُدُودِهِمَا إِلَّا فِيمَا سَبَّهَ الْوَطْءُ فَيَجُوزُ أَنْ يَبْلُغَ بِالتَّعْزِيرِ عَلَيْهِ فِي حَقِّ الْحُرِّ مِائَةَ جَلْدَةٍ بِدُونِ نَفْيٍ، وَقِيلَ: لَا يَبْلُغُ الْمِائَةَ بَلْ يَنْقُصُ مِنْهُ سَوَاطٍ وَفِي حَقِّ الْعَبْدِ خَمْسِينَ إِلَّا سَوَاطٍ، وَيَجُوزُ النِّقْصُ مِنْهُ عَلَى مَا يَرَاهُ السُّلْطَانُ، وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ حَكَى أَنَّهُ لَا يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ فِي مَعْصِيَةٍ حَدًّا مَشْرُوعًا فِي جَنْسِهَا، وَيَجُوزُ أَنْ يَزِيدَ عَلَى حَدٍّ غَيْرِ جَنْسِهَا. قَالَ فِي الْمَغْنِيِّ: وَيَحْتَمِلُهُ كَلَامُ أَحْمَدَ وَالْخِرَقِيِّ وَعَنْ أَحْمَدَ لَا يَزَادُ فِي كُلِّ تَعْزِيرٍ عَشْرُ جُلْدَاتٍ لِخَبَرِ أَبِي بُرْدَةَ.

وَمِنْهَا: السَّهْمُ مِنَ الْغَنِيمَةِ وَالرَّضْخُ ^(١) فَلَا يَبْلُغُ بِالرَّضْخِ لِأَدْمِي سَهْمُهُ الْمُقَدَّرَ وَلَا بِالرَّضْخِ لِمَرْكُوبٍ سَهْمُهُ الْمُقَدَّرَ.

التَّوُّعُ الثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مُقَدَّرًا شَرْعًا وَالْآخَرُ تَقْدِيرُهُ رَاجِعٌ إِلَى الْاجْتِهَادِ وَلَكِنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى أَصْلٍ يَضْبُطُ بِهِ فَهَلْ هُوَ كَالْمُقَدَّرِ أَمْ لَا؟ إِنْ كَانَ مَحِلُّهُمَا وَاحِدًا لَمْ يُجَاوِزْ بِهِ الْمُقَدَّرُ وَفِي بُلُوغِهِ خِلَافٌ، وَإِنْ كَانَ مَحِلُّهُمَا مُخْتَلِفًا فَالْخِلَافُ فِي بُلُوغِ الْمُقَدَّرِ وَمُجَاوِزَتِهِ، فَالْأَوَّلُ كَالْحُكُومَةِ إِذَا كَانَتْ فِي مَحَلٍّ لَهُ مُقَدَّرٌ فَلَا يُجَاوِزُ بِهَا الْمُقَدَّرَ، وَكَذَلِكَ الْمَحَلُّ وَفِي بُلُوغِهِ وَجْهَانِ.

وَالثَّانِي: كَدِيَةِ الْحُرِّ مَعَ قِيمَةِ الْعَبْدِ إِذَا جَاوَزَتْ قِيمَةَ الْعَبْدِ فَهَلْ تَجِبُ الْقِيمَةُ بِكَمَالِهِ أَمْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَبْلُغَ بِهَا دِيَةِ الْحُرِّ بَلْ يَنْقُصُ مِنْهَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَقَدْ يُخْرَجُ عَلَيْهِمَا جَوَازُ بُلُوغِ الْحُكُومَةِ الْأَرْضِ الْمُقَدَّرَ مُطْلَقًا.

القاعدة الأربعون بعد المائة:

مَنْ سَقَطَتْ عَنْهُ الْعُقُوبَةُ بِإِتْلَافِ نَفْسٍ أَوْ طَرَفٍ مَعَ قِيَامِ الْمُقْتَضَى لَهُ لِمَانَعٍ فَإِنَّهُ يَتَضَاعَفُ عَلَيْهِ الْغَرَمُ، وَيَخْرُجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: إِذَا قَتَلَ مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا عَمْدًا ضَمِنَهُ بِدِيَةِ مُسْلِمٍ.

(١) الرضخ: العطية القليلة؛ ومنه حديث علي رضي الله عنه «ويرضخ له على ترك الدين رضيخة». النهاية في غريب الحديث (٢/٢٢٨)، لسان العرب (٣/١٩).

وَمِنْهَا: مَنْ سَرَقَ مِنْ غَيْرِ حِرْزٍ فَإِنَّهُ يَتَضَاعَفُ عَلَيْهِ الْغَرَمُ نَصٌّ عَلَيْهِ، وَقِيلَ يَخْتَصُّ ذَلِكَ بِالْثَمَرِ وَالْكَثْرِ.

وَمِنْهَا: الضَّالَّةُ الْمَكْتُومَةُ يَضْمَنُ بِقِيَمَتِهَا مَرَّتَيْنِ نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ مُعَلَّلًا بِأَنَّ التَّضْعِيفَ فِي الضَّمَانِ هُوَ لِدَرْءِ الْقَطْعِ وَهَذَا مُتَوَجِّهٌ عَلَى أَصْلِهِ فِي قَطْعِ جَاكِدِ الْعَارِيَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَلَعَ الْأَعْوَرُ عَيْنَ الصَّحِيحِ فَإِنَّهُ لَا يَقْتَصُّ مِنْهُ وَتَلْزَمُهُ الدِّيَةُ كَامِلَةً ^(١) نَصٌّ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: الصَّغِيرُ إِذَا قَتَلَ عَمْدًا وَقُلْنَا: إِنَّ لَهُ عَمْدًا صَحِيحًا ضَوْعِفَ عَلَيْهِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ.

وَمِنْهَا: السَّرْقَةُ عَامَ الْمَجَاعَةِ قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: يَتَضَاعَفُ الْغَرَمُ فِيهَا مِنْ غَيْرِ قَطْعٍ عَلَى قَوْلِ أَحْمَدَ؛ لِأَنَّهُ لَوْ احْتِجَّ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِ بِحَدِيثِ عُمَرَ فِي رَفِيقِ حَاطِبٍ.

وَمِنْهَا: السَّرْقَةُ مِنَ الْغَنِيمَةِ إِذَا قُلْنَا: هِيَ كَالْعُلُولِ وَإِنَّ الْغَالَّ يُحْرَمُ سَهْمُهُ مِنْهَا عَلَى رِوَايَةٍ، فَيَجْتَمِعُ عَلَيْهِ غَرَمُ مَا سَرَقَهُ مَعَ حِرْمَانِ سَهْمِهِ الْمُسْتَحَقِّ مِنْهَا، وَقَدْ يَكُونُ قَدَرُ السَّرْقَةِ وَأَقْلَّ وَكَثَرًا. وَلَيْسَ مِنْ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ تَغْلِيظُ الدِّيَةِ بِقَتْلِ ذِي الرَّحِمِ عَمْدًا؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ فِيهِ قَدْ يَكُونُ وَاجِبًا فِي غَيْرِ الْإِبْنِ، وَإِنَّمَا هُوَ لِزِيَادَةِ حُرْمَةِ الْجَنَائَةِ فَهُوَ كَالْتَضْعِيفِ بِالْقَتْلِ فِي الْحَرَمِ وَالْإِحْرَامِ.

* * *

القاعدة الحادية والأربعون بعد المائة:

إِذَا أَتَلَفَ عَيْنًا تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ حِفْظُهَا وَاسْتِيفَاؤُهَا إِلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ لَزِمَهُ ضَمَانُهَا بِقِيَمَتِهَا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ، لَا يَوْمَ تَلَفِهَا أَوْ بِمِثْلِهَا عَلَى صِفَاتِهَا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ لَا يَوْمَ تَلَفِهَا عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ صُورٌ:

مِنْهَا: لَوْ تَرَكَ السَّاعِي زَكَاةَ الثَّمَارِ أَمَانَةً يَبْدُ رَبُّ الْمَالِ فَاتَّلَفَهَا قَبْلَ جَفَافِهَا أَوْ تَلَفَتْ بِتَقْرِيطِهِ ضَمْنَهَا بِقَدَرِهَا يَابِسًا لَا رَطْبًا عَلَى الصَّحِيحِ، وَعَنْهُ يَضْمَنُهَا بِمِثْلِهَا رَطْبًا.

وَمِنْهَا: لَوْ أَتَلَفَ الْأَضْحِيَّةُ أَوْ الْهَدْيُ فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ بِأَكْثَرِ الْقِيَمَتَيْنِ مِنْ يَوْمِ الْإِتْلَافِ أَوْ يَوْمِ النَّحْرِ، وَفِيهِ وَجْهٌ يَضْمَنُهَا بِقِيَمَتِهَا يَوْمَ التَّلَفِ قَبْلَ يَوْمِ النَّحْرِ بِكُلِّ حَالٍ كَمَا لَوْ كَانَ أَجْنَبِيًّا،

(١) وعن مالك أنه سأل ابن شهاب عن الرجل الأعور يفقأ عين الصحيح فقال ابن شهاب: إن أحب الصحيح أن يستفيد منه فله القود وإن أحب فله الدية ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم. موطأ مالك (٨٥٦/٢).

وَفِي الْكَافِي يَضْمَنُهَا بِأَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَتِهَا أَوْ هَدْيٍ مِثْلَهَا؛ لِأَنَّهُ قَوَّتَ الْإِرَاقَةَ وَالتَّفْرِقَةَ بَعْدَ لُزُومِهَا فَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا، كَمَا لَوْ أَتَلَفَ شَيْئَيْنِ، قَالَ: وَيَشْتَرِي بِالْقِيمَةِ هَدْيًا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ، وَيَلْتَحِقُ بِهِذَا مَا إِذَا أَكَلَ الْمُضْحِيَّ جَمِيعَ أَضْحِيَّتِهِ أَوْ الْهَدْيَ مِمَّا مَنَعَ مِنْ أَكْلِهِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُهُ بِمِثْلِهِ لِحَمِّ نَصِّ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ، لَا تَلْزِمُهُ الْإِرَاقَةُ وَالتَّفْرِقَةُ وَقَدْ أَتَى بِأَحَدِهِمَا وَيَقْبَى الْآخَرَ فَلَزِمَهُ ضَمَانُهُ، وَلَوْ أَتَلَفَهُ غَيْرُهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ الْإِرَاقَةُ فَلَزِمَتْهُ الْقِيمَةُ وَيَشْتَرِي بِهَا مِثْلَهُ.

* * *

القاعدة الثانية والأربعون بعد المائة:

مَا زَالَ مِنَ الْأَعْيَانِ ثُمَّ عَادَ بِأَصْلِ الْخَلْقَةِ أَوْ بِصُنْعِ آدَمِيٍّ هَلْ يُحْكَمُ عَلَى الْعَائِدِ بِحُكْمِ الْأَوَّلِ أَمْ لَا؟ فِيهِ خِلَافٌ يُطْرَدُ فِي مَسَائِلَ:

مِنْهَا: لَوْ قَلَعَ سِنُّهُ أَوْ قَطَعَ أُذُنُهُ فَأَعَادَهُ فِي الْحَالِ فَثَبَّتَ وَالتَّحَمَّ كَمَا كَانَ لَمْ يَرْخُ، فَهَلْ يُحْكَمُ بِطَهَارَتِهِ أَمْ لَا؟ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى طَهَارَتِهِ إِذَا ثَبَّتَ وَالتَّحَمَّ، وَعَلَى نَجَاسَتِهِ إِذَا لَمْ يَثْبُتْ، وَحَكَى الْقَاضِي الْمَسْأَلَةَ عَلَى رَوَايَتَيْنِ، وَفَرَّقَ ابْنُ أَبِي مُوسَى بَيْنَ أَنْ يَثْبُتَ وَيَلْتَحِمَ فَيُحْكَمَ بِطَهَارَتِهِ لِعَوْدِ الْحَيَاةِ إِلَيْهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَثْبُتْ وَهَذَا حَسَنٌ. فَإِنْ كَانَ بِجَنَابَةِ جَانٍ فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا قَوْدَ فِيهِ وَلَا دِيَّةَ سِوَى حُكُومَةِ نَقْصِهِ. وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ، وَبَنَاهُ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ عَلَى الْقَوْلِ بِطَهَارَتِهِ. وَقَالَ الْقَاضِي: حَقُّهُ بِحَالِهِ فَأَمَّا إِنْ اقْتَصَّ مِنَ الْجَانِي فَأَعَادَهُ وَالتَّحَمَّ فَهَلْ لِلْمُقْتَصِّ إِبَانَتُهُ ثَانِيًا أَمْ لَا؟ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ عَلَى أَنَّ لَهُ إِبَانَتَهُ، وَعَلَّلَ بِأَنَّ الْقِصَاصَ لِلشَّيْنِ وَالشَّيْنُ قَدْ زَالَ. وَقَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَلَعَ ظِفْرٌ^(١) آدَمِيٍّ أَوْ سِنُّهُ أَوْ شَعْرَتُهُ ثُمَّ عَادَ أَوْ جَنَى عَلَيْهِ فَأَذْهَبَ شَمُّهُ أَوْ بَصَرُهُ ثُمَّ عَادَ بِحَالِهِ فَلَا ضَمَانَ بِحَالٍ فِي الْمَذْهَبِ؛ لِأَنَّ أَطْرَافَ الْآدَمِيِّ لَا تُضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ إِذْ لَيْسَتْ أَمْوَالًا، فَإِنَّمَا يَضْمَنُ بِمَا نَقَصَ الْجُمْلَةَ وَلَمْ يُوْجَدْ نَقْصٌ، وَلَا فَرْقُ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْحَرِّ وَالْعَبْدِ صَرَحَ بِهِ جَمَاعَةٌ. وَيَتَوَجَّهُ التَّفْرِيقُ؛ لِأَنَّ أَعْضَاءَ الرَّقِيقِ أَمْوَالٌ وَلِهَذَا يَجُوزُ بَيْعُ لَبَنِ

(١) عند الشافعية: إِذَا قَلَعَ رَجُلٌ ظِفْرَ رَجُلٍ فَسَالِ الْقَوْدُ قِيلَ لِأَهْلِ الْعِلْمِ هَلْ تَقْدِرُونَ عَلَى قَلْعِ ظَفَرِهِ بَلَا تَلَفَ عَلَى غَيْرِهِ فَإِنْ قَالُوا: نَعَمْ أَقْبَدُ وَإِنْ قَالُوا: لَا قَصَّ الظَّفَرِ حُكُومَةً. الْأَمُّ (٦/٦٣).

الْأَمَةِ دُونَ الْحُرَّةِ عَلَى وَجْهِ لَنَا، وَقَدْ ذَكَرُوا فِي الْجَارِيَةِ الْمَغْصُوبَةِ إِذَا هَزَلَتْ عِنْدَ الْغَاصِبِ ثُمَّ سَمِنَتْ فَهَلْ يُضْمَنُ نَقْصُهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَالْأَشْيَاءُ بِكَلَامِهِ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ؛ لِأَنَّهُ نَصٌّ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِيمَنْ كَسَرَ خَلْخَالَ لِيُغَيِّرَهُ أَنْ عَلَيْهِ إِصْلَاحُهُ، وَبَيْنَهُمَا فَرْقٌ فَإِنَّ إِصْلَاحَ الْخَلْخَالِ نَوْعٌ ضَمَانٌ بِخِلَافِ عَوْدِ السَّمَنِ، وَلَكِنْ صَرَّحَ صَاحِبُ التَّلْخِصِ بِأَنَّهُ لَوْ غَضِبَ جِدَارًا فَتَقَضَّضَهُ ثُمَّ أَعَادَهُ فَعَلَيْهِ أَرْضُ نَقْصِهِ، إِلَّا أَنَّ هَذَا بَنَاهُ عَلَى أَنَّ الْوَاجِبَ الْأَرْضُ فَالْبِنَاءُ عُدْوَانٌ وَلَا يَسْقُطُ بِهِ الْوَاجِبُ. وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الْقَاضِي فِيمَا إِذَا بَاعَ الْغَاصِبُ الدَّارَ الْمَغْصُوبَةَ فَتَقَضَّضَهَا الْمُشْتَرِي ثُمَّ بَنَاهَا أَنَّ عَلَى الْمُشْتَرِي ضَمَانَ قِيمَتِهَا مَبْنِيَّةً وَمَنْقُوضَةً يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ.

وَمِنْهَا: نَبَاتُ الْحَرَمِ إِذَا قَطَعَهُ أَوْ غَصَنًا مِنْ شَجَرَةٍ مِنْهُ ثُمَّ عَادَ فِي ضَمَانِهِ وَجْهَانِ، وَكَذَلِكَ لَوْ جَنَى عَلَى رِيشٍ طَائِرٍ فِي الْحَرَمِ أَوْ الْإِحْرَامِ ثُمَّ نَبَتَ فَهَلْ يُضْمَنُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، لِتَرَدِّدِ ضَمَانَ صَيْدِ الْحَرَمِ وَنَبَاتِهِ وَصَيْدِ الْمُحْرَمِ بَيْنَ ضَمَانِ الْأَمْوَالِ إِذْ هِيَ أَمْوَالٌ فِي الْجُمْلَةِ، وَبَيْنَ ضَمَانِ الْأَدَمِيِّينَ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى، وَالْأَشْيَاءُ أَنَّ صَيْدَ الْحَرَمِ وَنَبَاتَهُ مُلْحَقٌ بِالْأَدَمِيِّينَ لِعِصْمَتِهِ بِمَحَلِّهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى جَمِيعِ النَّاسِ، بِخِلَافِ صَيْدِ الْمُحْرَمِ فَإِنَّ تَحْرِيمَهُ يَخْتَصُّ بِهِ فَهُوَ شَيْءٌ بِالْأَمْوَالِ الْمَمْلُوكَةِ الَّتِي تَحِلُّ لِمَالِكِهَا دُونَ غَيْرِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَعَارَهُ حَاطِطًا لَوْضِعٍ خَشِيهِ عَلَيْهِ ^(١) فَسَقَطَ الْجِدَارُ ثُمَّ أَعَادَهُ فَهَلْ لَهُ إِعَادَةُ الْوَضْعِ أَمْ لَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ بِدُونِ إِذْنٍ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَّ غَيْرُ الْأَوَّلِ فَلَمْ تَتَنَاوَلْهُ الْإِعَادَةُ وَالصَّلَاحُ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي الْعَارِيَةِ.

وَالثَّانِي: لَهُ ذَلِكَ إِنْ أَعَادَهُ بِأَلْتِهِ الْعَتِيقَةَ وَالْأَفْلَا، وَحَكِيٍّ عَنِ الْقَاضِي وَلَا أَظُنُّهُ يَصِحُّ عَنْهُ وَلَوْ كَانَ الْوَضْعُ مُسْتَحِقًّا بِعَدِّ صَلَاحٍ فَلَهُ الْوَضْعُ بِكُلِّ حَالٍ وَجْهًا وَاحِدًا.

وَمِنْهَا: إِذَا أَجَرَهُ دَارًا فَانْهَدَمَ جِدَارُهَا فَأَعَادَهُ الْمُؤَجَّرُ فَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ بِأَنَّ هَذَا الْمُجَدَّدَ لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الْعَقْدُ، وَفَرَعًا عَلَيْهِ أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى التَّجْدِيدِ، وَكَذَا ذَكَرَ صَاحِبُ التَّلْخِصِ مَعَ قَوْلِهِ: إِنْ جَدَّدَ فَلَا خِيَارَ لَهُ، وَحَكِيٍّ وَجْهًا بِإِجْبَارِهِ عَلَى التَّجْدِيدِ كَمَا يُجْبَرُ عَلَى التَّرْمِيمِ، وَتَوَجَّهَ التَّقْرِيقُ بَيْنَ أَنْ تُعَادَ بِأَلْتِهَا الْعَتِيقَةُ أَوْ غَيْرَهَا كَمَا فِي الَّتِي قَبْلُهَا.

(١) جاز له استدامة ذلك، فلو انهدم الحائط فبناه صاحبه لم يملك المستعير تجديد المنفعة. أحكام أهل الذمة (١٢١٦/٣).

وَمِنْهَا: مَسْأَلَةُ الْجِدَارِ الْمُشْتَرَكِ إِذَا انْهَدَمَ وَأَعَادَهُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ فَهَلْ يَعُودُ حَقُّ شَرِيكِهِ فِيهِ. إِنْ أَعَادَهُ بِآلَةٍ جَدِيدَةٍ لَمْ يَعُدْ وَإِنْ كَانَ بِآلَتِهِ الْعَتِيقَةِ فَوَجْهَانِ سَبَقَ ذِكْرُهُمَا.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لَهُ بِدَارٍ فَانْهَدَمَتْ فَالْمَشْهُورُ بَطْلَانُ الْوَصِيَّةِ بِزَوَالِ الْأَسْمِ وَلَا يَعُودُ بِعَوْدِ الْبِنَاءِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ الْأَوَّلِ، وَيَتَوَجَّهُ عَوْدُهَا إِنْ أَعَادَهَا بِآلَتِهَا الْقَدِيمَةِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ لَا تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ بِكُلِّ حَالٍ وَلَوْ لَمْ يَعُدْ بِنَاؤُهَا، وَعَلَى هَذَا فَهَلْ يَسْتَحِقُّ أَنْفَاقُهَا الْمَوْجُودَةَ حَالَ الْوَصِيَّةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ يَرْجِعَانِ إِلَى أَنَّ الْإِعْتِبَارَ هَلْ هُوَ بِحَالِ الْوَصِيَّةِ أَوْ بِحَالِ الْمَوْتِ، وَهَلْ يَسْتَحِقُّ الْبِنَاءُ الْمُتَجَدِّدُ فِيهَا عَلَى وَجْهَيْنِ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: إِذَا تَهَلَّعَتِ الْكَنِيسَةُ^(١) الَّتِي تَقَرُّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَهَلْ يُمَكِّنُونَ مِنْ إِعَادَتِهَا؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ مَعْرُوفَتَيْنِ، بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ الْإِعَادَةَ هَلْ هِيَ اسْتِدَامَةٌ أَوْ إِنْشَاءٌ، وَلَوْ فَتُحَ بِلَدٍّ عَنُودَ وَفِيهِ كَنِيسَةٌ مُتَهَلِّمَةٌ تَقَرُّ فَهَلْ يَجُوزُ بِنَاؤُهَا؟ فِيهِ طَرِيقَانِ: أَحَدُهُمَا: الْمَنْعُ مِنْهُ مُطْلَقًا. وَالْثَانِي: بِنَاؤُهُ عَلَى الْخِلَافِ فِي بِنَاءِ الْمُتَهَلِّمَةِ.

* * *

القاعدة الثالثة والأربعون بعد المائة:

يَقُومُ الْبَدَلُ مَقَامَ الْمُبْدَلِ وَيَسُدُّ مَسَدَهُ وَيَبْنِي حُكْمَهُ عَلَى حُكْمِ مُبْدَلِهِ فِي مَوَاضِعَ كَثِيرَةٍ، وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُ بَعْضِهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا مَسَحَ عَلَى الْخُفِّ ثُمَّ خَلَعَهُ فَإِنَّهُ يُجْزِئُهُ غَسْلُ قَدَمَيْهِ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَلَوْ فَاتَتْ الْمَوَالَاةُ؛ لِأَنَّ الْمَسْحَ كَمَلَ الْوُضُوءَ وَأَتَمَّهُ وَقَامَ مَقَامَ غَسْلِ الرَّجُلَيْنِ إِلَى حِينِ الْخَلْعِ، فَإِذَا وَجَدَ الْخُلْعَ وَتَعَقَّبَهُ غَسْلُ الْقَدَمَيْنِ فَالْوُضُوءُ كَالْمُتَوَاصِلِ. وَعَلَى هَذَا لَوْ وَجَدَ مَا يَكْفِي لَغَسْلِ بَعْضِ أَعْضَاءِ الْحَدَثِ الْأَصْغَرِ فَاسْتَعْمَلَهُ فِيهَا ثُمَّ تَيَمَّمَ لِلْبَاقِي ثُمَّ وَجَدَ الْمَاءَ بَعْدَ فَوَاتِ الْمَوَالَاةِ لَمْ يَلْزَمُهُ إِلَّا غَسْلُ بَاقِي الْأَعْضَاءِ وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ فِي شَرْحِ الْهَدَايَةِ لَكِنَّهُ بَنَاهُ عَلَى سَقُوطِ الْمَوَالَاةِ لِلْعُدْرِ.

وَمِنْهَا: لَوْ افْتَرَقَ الْمُتَصَارِفَانِ ثُمَّ وَجَدَ أَحَدُهُمَا بِمَا قَبِضَهُ عِيًّا وَآرَادَ الرَّدَّ وَآخَذَ بَدَلَهُ فِي مَجْلِسِ الرَّدِّ فَهَلْ يُتَقَبَّضُ الصَّرْفُ بِذَلِكَ أَمْ لَا؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ.

(١) الْقَائِلُونَ بِالْمَنْعِ ذَهَبُوا إِلَى مَا رَوَى كَثِيرٌ مِنْ مَرَّةٍ، قَالَ: سَمِعْتُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا تَبْنِ الْكَنِيسَةَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَلَا يَجِدُ مَا خَرِبَ مِنْهَا»، كَمَا رَوَى عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ غَنَمٍ: لَا يَجِدُ مَا خَرِبَ مِنْهَا، وَلِأَنَّهُ بِنَاءُ كَنِيسَةٍ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَمَنْعٌ مِنْهُ كَمَا لَوْ بَنَاهَا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ. أَمَّا الْقَائِلُونَ بِالْجَوَازِ فَذَهَبُوا إِلَى أَنَّهُ لَمَّا جَازَ تَشْيِيدُ مَا تَشَعَّبَ مِنْهَا جَازَ إِعَادَةُ مَا انْهَدَمَ. الْمَهْذَبُ (٢/٢٥٥).

وَمِنْهَا: إِذَا حَضَرَ الْجُمُعَةَ أَرْبَعُونَ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ وَجُوبِهَا ثُمَّ تَبَدَّلُوا فِي أَثْنَاءِ الْخُطْبَةِ أَوْ الصَّلَاةِ بِمِثْلِهِمْ انْعَقَدَتِ الْجُمُعَةُ وَتَمَّتْ بِهِمْ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَبْدَلَ نَصَابًا مِنْ أَمْوَالِ الزَّكَاةِ بِنَصَابٍ مِنْ جَنْسِهِ يُنْيَ عَلَى حَوْلِ الْأَوَّلِ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَلَوْ أَبْدَلَهُ بِغَيْرِ جَنْسِهِ اسْتَأْنَفَ إِلَّا فِي إِبْدَالِ أَحَدِ التَّقْدِيرَيْنِ بِالْآخِرِ فَإِنَّ فِيهِ رَوَاتَيْنِ، وَخَرَجَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ رَوَايَةً بِالْبِنَاءِ فِي الإِبْدَالِ مِنْ غَيْرِ الْجَنْسِ مُطْلَقًا.

وَمِنْهَا: لَوْ أَبْدَلَ مُصْحَفًا بِمِثْلِهِ جَازَ نَصٌّ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ بَاعَهُ بِشَيْءٍ وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ فِي الْمُبَادَلَةِ هَلْ هِيَ بَيْعٌ أَمْ لَا؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ، وَأَنْكَرَ الْقَاضِي ذَلِكَ وَقَالَ: هِيَ بَيْعٌ بِلَا خِلَافٍ، وَلَكِنَّمَا أَجَازَ أَحْمَدُ إِبْدَالَ الْمُصْحَفِ بِمِثْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدُلُّ عَلَى الرَّغْبَةِ عَنْهُ وَلَا عَلَى الاسْتِئْذَالِ بِهِ بِعَوَضٍ دُنْيَوِيٍّ بِخِلَافِ أَخْذِ ثَمَنِهِ

وَمِنْهَا: لَوْ أَبْدَلَ جُلُودَ الْأَصْحَابِ بِمَا يَتَشَفَعُ بِهِ فِي السَّيِّئِ مِنَ الْإِنْيَةِ جَازَ نَصٌّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَقُومُ مَقَامَ الْإِنْتِفَاعِ بِالْجِلْدِ نَفْسِهِ فِي مَتَاعِ السَّيِّئِ.

وَمِنْهَا: إِبْدَالُ الْهَدْيِ وَالْأَصْحَابِ بِخَيْرٍ مِنْهَا وَهُوَ جَائِزٌ نَصٌّ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ إِبْدَالُ الْوَقْفِ إِذَا خَرِبَ وَالْمَسْجِدُ إِذَا بَادَ بِأَهْلِهِ، وَالْوَقْفُ مَعَ عِمَارَتِهِ بِخَيْرٍ مِنْهُ رَوَاتَانِ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَاتَ رَبُّ الْمَالِ وَهُوَ فِي يَدِ الْمُضَارِبِ أَوْ شَرِيكِ الْعَنَانِ وَأَرَادَ الْوَارِثُ تَقْرِيرَهُ وَأَذِنَ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ جَازَ، وَهَلْ هُوَ ابْتِدَاءٌ عَقْلًا أَوْ اسْتِدْآمَةٌ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا فِي التَّلْخِيصِ وَغَيْرِهِ، وَأَشَارَ إِلَيْهِمَا الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ بِأَنَّ كَانَ الْمَالُ عَرْضًا وَقُلْنَا: يَصِحُّ الْقِرَاضُ عَلَى الْعَرْضِ فَلَا كَلَامَ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَصِحُّ فَخَرَجَهُمَا الْقَاضِي عَلَى وَجْهَيْنِ. قَالَ فِي التَّلْخِيصِ: إِنْ قُلْنَا: هُوَ ابْتِدَاءٌ فَلَا يَصِحُّ، وَإِنْ قُلْنَا: تَقْرِيرٌ جَازَ؛ لِأَنَّهُ عَرْضٌ هُوَ اشْتَرَاهُ وَجِنْسُ رَأْسِ الْمَالِ قَدْ تَعَيَّنَ مِنْ قَبْلُ فَرَجَعَ إِلَيْهِ بِخِلَافِ الْإِبْتِدَاءِ، أَمَّا إِذَا مَاتَ الْعَامِلُ وَأَرَادَ الْمَالِكُ تَقْرِيرَ وَارِثِهِ وَكَانَ الْمَالُ عَرْضًا فَهُوَ كَالْإِبْتِدَاءِ وَجْهًا وَاحِدًا قَالَهُ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ، وَفَرَّقُوا بَيْنَ مَوْتِ رَبِّ الْمَالِ وَمَوْتِ الْعَامِلِ بِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ تَرَكَ لِلْوَارِثِ أَصْلًا يَبْنِي عَلَيْهِ وَهُوَ الْمَالُ فَلِذَلِكَ صَحَّ بِنَاءُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ بِخِلَافِ الْعَامِلِ فَإِنَّهُ لَمْ يَكُنْ مِنْهُ سِوَى الْعَمَلِ وَقَدْ زَالَ بِمَوْتِهِ فَلَمْ يَخْلُفْ لَوَارِثِهِ أَصْلًا يَبْنِي عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَاتَبَهُ عَلَى عَرْضٍ فَأَدَّاهُ فَوَجَدَهُ مَعِيًّا فَرَدَّهُ فَهَلْ يَسْتَحِقُّ بَدْلَهُ وَلَا يَرْتَفِعُ الْعِنَقُ أَمْ يَرْتَفِعُ الْعِنَقُ بِرَدِّهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ وَبَنَاهُ بَعْضُهُمْ عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ هَلْ يَحْصُلُ بِالْقَبْضِ أَمْ يَقِفُ عَلَى الرِّضَى.

وَمِنْهَا: لَوْ اعْتَاَصَ عَنْ دَيْنِ الْكِتَابَةِ بِغَيْرِ جَنْسِهِ فَهَلْ يُعْتَقُ الْمُكَاتَبُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.
وَمِنْهَا: أَنَّ الْعِرَاضَ هَلْ يَقُومُ مَقَامَ الْمُعَوَّضِ فِي الْبِرِّ وَالْحِنْثِ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

* * *

القاعدة الرابعة والأربعون بعد المائة:

فِيمَا يَقُومُ فِيهِ الْوَرَّةُ مَقَامَ مَوْرُوْثِهِمْ مِنَ الْحُقُوقِ، وَهِيَ نَوْعَانِ: حَقٌّ لَهُ وَحَقٌّ عَلَيْهِ. فَأَمَّا
النَّوعُ الْأَوَّلُ فَمَا كَانَ مِنْ حَقُّوقِهِ يَجِبُ بِمَوْتِهِ كَالِدِّيَّةِ وَالْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ فَلَا رَيْبَ فِي أَنَّ
لَهُمْ اسْتِيفَاءَهُ وَسَوَاءٌ قُلْنَا: إِنَّهُ ثَابِتٌ لَهُمْ ابْتِدَاءً أَوْ مُتَقِلٌّ إِلَيْهِمْ عَنْ مَوْرُوْثِهِمْ وَلَا يُؤَثِّرُ مُطَالَبَةُ
الْمُقْتُولِ بِذَلِكَ شَيْئًا عَلَى الْمَعْرُوفِ مِنَ الْمَذْهَبِ، وَمَالَ الشَّيْخِ نَقِيٍّ الدِّينِ إِلَى أَنَّ مُطَالَبَتَهُ
بِالْقِصَاصِ تُوجِبُ تَحْتَمُّهُ فَلَا يَتِمَكَّنُونَ بَعْدَهَا مِنَ الْعَفْوِ وَمَا كَانَ وَاجِبًا لَهُ فِي حَيَاتِهِ إِنْ كَانَ
قَدْ طَالَبَ بِهِ أَوْ هُوَ فِي يَدِهِ ثَبَتَ لَهُمْ إِرْثُهُ.

فَمِنْهُ: الشُّعْعَةُ إِذَا طَالَبَ بِهَا نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي أَكْثَرِ الرُّوَايَاتِ وَتَوَقَّفَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ
الْقَاسِمِ وَقَالَ هُوَ مَوْضِعُ نَظَرٍ.

وَمِنْهُ: حَدُّ الْقَذْفِ وَنَصٌّ عَلَيْهِ أَيْضًا وَيَسْتَوْفِيهِ الْوَارِثُ لِنَفْسِهِ بِحُكْمِ الْإِرْثِ عِنْدَ الْقَاضِي.
وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِيمَا قَرَأْتُهُ بِخَطِّهِ: إِنَّمَا يَسْتَوْفِي لِلْمَيِّتِ بِمُطَالَبَتِهِ مِنْهُ وَلَا يَتَقَلُّ، وَكَذَا الشُّعْعَةُ
فِيهِ فَإِنَّ مِلْكَ الْوَارِثِ وَإِنْ كَانَ طَارِقًا عَلَى الْبَيْعِ إِلَّا أَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى مِلْكِ مَوْرُوْثِهِ.
وَمِنْهُ: خِيَارُ الشَّرْطِ وَنَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ أَيْضًا.

وَمِنْهُ: الدَّمُ نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ مُوسَى وَالْمُرَادُ بِهِ مَا دُونَ النَّفْسِ إِذَا
وَجَبَ لَهُ فِي حَيَاتِهِ ثُمَّ مَاتَ مِنْ غَيْرِ سِرَائِيَّتِهِ بَعْدَ طَلَبِهِ.

وَمِنْهُ: خِيَارُ الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ إِذَا طَالَبَ بِهِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَمِنْهُ: الْأَرْضُ الْخَرَاجِيَّةُ الَّتِي بِيَدِهِ؛ لِأَنَّ هَذَا حَقٌّ قَدْ أَحْدَثَهُ وَحَازَهُ، وَكَذَلِكَ الْمَوَاتُ
الْمُتَحَجِّرُ وَحُقُوقُ الْاِخْتِصَاصَاتِ الَّتِي تَحْتَ يَدِهِ كُلُّهَا.

وَمِنْهُ: حِصَّةُ الْمُضَارِبِ مِنَ الرِّبْحِ إِذَا قُلْنَا: لَا تُمْلِكُ بِالظُّهُورِ فَإِنْ اشْتَرَا طَهُ لَهَا فِي الْعَقْدِ
مَعَ عَمَلِهِ فِي الْمَالِ لِأَجْلِهَا أَبْلَغُ مِنَ الْمُطَالَبَةِ بِاللَّفْظِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْغَانِمِ إِنْ سَلَّمْنَاهُ عَلَى
قَوْلِنَا: لَا يَمْلِكُ حِصَّتَهُ بِدُونِ التَّمْلُكِ فَإِنَّهُ لَمْ يُجَاهِدْ لِلْغَنِيمَةِ وَإِنَّمَا جَاهَدَ لِإِعْلَاءِ كَلِمَةِ اللَّهِ
تَعَالَى وَالْغَنِيمَةُ تَابِعَةٌ.

وَأَمَّا إِنْ لَمْ يَكُنْ يُطَالَبُ بِهِ فَهُوَ ضَرَبَانِ:

أَحَدُهُمَا: حُقُوقُ التَّمَلُّكَاتِ وَالْحُقُوقُ الَّتِي لَيْسَتْ بِمَالِيَّةٍ فَبَيْنَهُمَا قَوْلَانِ فِي الْمَذْهَبِ أَشْهُرُهُمَا: أَنَّهُ لَا يُورَثُ وَيَنْدَرَجُ فِي ذَلِكَ صَوْرٌ:

مِنْهَا: الشُّعْعَةُ فَلَا تُورَثُ مُطَالَبَتُهُ عَلَى الْمَذْهَبِ وَلَهُ مَا خِذَانِ أَشَارَ إِلَيْهِمَا أَحْمَدُ أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ حَقٌّ لَهُ فَلَا يَثْبُتُ بِدُونِ مُطَالَبَتِهِ بِهِ وَلَوْ عَلِمْتَ رَغْبَتَهُ مِنْ غَيْرِ مُطَالَبَتِهِ لَكَفَى فِي الْإِرْثِ ذِكْرُهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ حَقَّهُ فِيهَا سَقَطَ بِتَرْكِهِ وَإِعْرَاضِهِ لَا سِيَّمَا عَلَى قَوْلِنَا: إِنَّهَا عَلَى الْفَوْرِ، فَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ غَائِبًا فَلَهُمُ الْمُطَالَبَةُ وَلَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ عَلَى الْأَوَّلِ وَنَقَلَ عَنْهُ أَبُو طَالِبٍ إِذَا مَاتَ صَاحِبُ الشُّعْعَةِ فَلَوْلَا أَنَّهُ يَطْلُبُوا الشُّعْعَةَ وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّ لَهُمُ الْمُطَالَبَةَ بِهَا بِكُلِّ حَالٍ فَإِنَّهُ صَرَّحَ بِبَقَاءِ إِرْثِهَا فِي رِوَايَةٍ مُهْنًا وَغَيْرِهِ وَقَدْ وَقَعَ التَّرَدُّدُ فِي كَلَامِهِ فِي ثُبُوتِ الْإِرْثِ فِيهَا.

وَمِنْهَا: حَقُّ الْفَسْخِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ فَلَا تُورَثُ بِغَيْرِ مُطَالَبَةٍ نَصَّ عَلَيْهِ أَيْضًا وَخَرَجَ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ وَجَهَا آخِرَ إِرْثِهِ مُطْلَقًا.

وَمِنْهَا: الْفَسْخُ الثَّابِتُ بِالرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ فَلَا يَثْبُتُ بِدُونِ الْمُطَالَبَةِ أَيْضًا صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي الْخَطَّابِ تَخْرِيجُ الْخِلَافِ فِيهِ، وَعَنْ أَحْمَدَ فِي الْهَبَةِ الْمُخَصَّصِ بِهَا بَعْضُ الْوَلَدِ إِذَا مَاتَ الْوَاهِبُ قَبْلَ التَّعْدِيلِ وَالرُّجُوعِ هَلْ لِلْوَرَثَةِ الرُّجُوعُ أَمْ لَا؟ رَوَيْتَانِ، وَمَأْخِذُهُمَا أَنَّ رُجُوعَ الْوَالِدِ فِي هَذِهِ الْهَبَةِ هَلْ هُوَ مِنْ بَابِ الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ الثَّابِتَةِ لِلْوَالِدِ دُونَ غَيْرِهِ فَلَا يَقُومُ فِيهِ مَقَامُهُ أَوْ هُوَ ثَابِتٌ لَاسْتِدْرَاكِ الظُّلْمِ وَالْجَوْرِ؟ وَعَلَى هَذَا هَلْ هُوَ مَأْمُورٌ بِهِ لِحَقِّ نَفْسِهِ حَيْثُ ظَلَمَ وَاعْتَدَى فَأَمَرَ بِالتَّعْدِيلِ فَإِذَا لَمْ يَفْعَلْهُ سَقَطَ أَوْ هُوَ مَأْمُورٌ بِهِ لِحَقِّ بَقِيَّةِ الْأَوْلَادِ الْمَظْلُومِينَ فَيَثْبُتُ لَهُمُ الرَّدُّ إِذَا تَعَدَّرَ الرَّدُّ مِنْ جِهَتِهِ؟.

وَمِنْهَا: حَدُّ الْقَذْفِ فَلَا يُورَثُ بِدُونِ الْمُطَالَبَةِ أَيْضًا نَصَّ عَلَيْهِ وَخَرَجَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهِ وَجَهَا بِالْإِرْثِ وَالْمُطَالَبَةِ.

وَمِنْهَا: الْقِصَاصُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ كَمَا قَدَّمْنَاهُ أَنَّهُ يَسْقُطُ بِدُونِ الطَّلَبِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ أَنَّهُ يَسْتَوْفَى، وَعَلَّلُوا بِأَنَّهُ يَسْقُطُ إِلَى مَالٍ فَهُوَ كَخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ.

وَمِنْهَا: خِيَارُ قَبُولِ الْوَصِيَّةِ الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ وَصُولِهَا إِلَيْهِ. كَذَلِكَ نَقَلَهُ عَنْهُ ابْنُ مَنْصُورٍ وَغَيْرُهُ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ إِذَا مَاتَ قَبْلَ الْقَبُولِ. وَقَالَ الْخِرَقِيُّ: يَثْبُتُ الْخِيَارُ بَيْنَ الْقَبُولِ وَالرَّدِّ لَوَرَثَةِ الْمُوصَى لَهُ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَزِمَتْ

بِمَوْتِ الْمُوصِي فِيهِ كَالْمَمْلُوكَةِ وَنَقَلَ صَالِحٌ عَنْ أَبِيهِ إِذَا أَوْصَى لِقَرَابَتِهِ أَوْ أَهْلَ بَيْتِهِ ثُمَّ مَاتَ بَعْضُهُمْ بَعْدَ الْمَيِّتِ وَقَبِلَ الْقِسْمَةَ وَقَدْ وَجِبَتِ الْوَصِيَّةُ لِكُلِّ مَنْ أَوْصَى لَهُ إِذَا كَانَ حَيًّا أَوْصَى لَهُ. قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: وَهَذَا نَصٌّ لِمَا قَالَ الْخِرَقِيُّ وَلَيْسَ بِنَصٍّ فِيهِ لاحتِمَالِ أَنْ يَكُونَ اثْبَتَ مِلْكًا بِمَجَرَّدِ الْمَوْتِ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ أَوْ بِالْقَبُولِ، فَلَيْسَ فِي النَّصِّ مَا يَنْفِيهِ صَرِيحًا وَرَوَايَةً ابْنِ مَنْصُورٍ بِالْبُطْلَانِ لَمْ يَتَعَرَّضْ فِيهَا لِلْقَبُولِ بَلْ لِلْقَبْضِ.

الضَرْبُ الثَّانِي: حُقُوقُ أَمْلَاقٍ ثَابِتَةٍ مُتَعَلِّقَةٍ بِالْأَمْلَاقِ الْمَوْرُوثَةِ فَيَنْتَقِلُ إِلَى الْوَرِثَةِ بِانْتِقَالِ الْأَمْوَالِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهَا بِدُونِ الْمُطَالَبَةِ بِخِلَافِ الضَّرْبِ الْأَوَّلِ فَإِنَّ الْحُقُوقَ فِيهِ مِنْ حُقُوقِ الْمَالِكِينَ لَا مِنْ حُقُوقِ الْأَمْلَاقِ، وَلِهَذَا لَا تَجِبُ الشُّقْعَةُ عِنْدَنَا لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْأَسْتِحْقَاقِ عَلَى الْمُسْلِمِ.

وَمِنْ صُورِ ذَلِكَ: الرَّهْنُ فَإِذَا مَاتَ وَلَهُ دَيْنٌ بِرَهْنٍ انْتَقَلَ بِرَهْنِهِ إِلَى الْوَرِثَةِ. وَمِنْهَا: الْكَفِيلُ وَهُوَ كَالرَّهْنِ؛ لِأَنَّهُ تَوَثُّقَةٌ فَهُوَ كَالشَّهَادَةِ، وَعَلَلَهُ الْقَاضِي بِأَنَّهُ يَسْتَوْفِي مِنْهُ الْمَالُ كَالرَّهْنِ وَالضَّابِطُ عِنْدَهُ أَنَّ مَا فِيهِ مَالٌ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَرِثَةِ وَمَا لَا فَلَا.

وَمِنْهَا: الضَّمَانُ فَإِذَا مَاتَ وَلَهُ دَيْنٌ لَهُ بِهِ ضَامِنٌ انْتَقَلَ إِلَى الْوَرِثَةِ مَضْمُونًا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَحَالَ بِهِ رَبُّ الدَّيْنِ فِي حَيَاتِهِ فَإِنَّهُ يَنْفَسَخُ الضَّمَانُ بِالْحَوَالَةِ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةٍ مِنْهَا؛ لِأَنَّ الْأَجْنَبِيَّ لَيْسَ بِخَلِيفَةِ لِرَبِّ الدَّيْنِ فَلَا يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ بِحَقْقِهِ بِخِلَافِ الْوَارِثِ.

وَمِنْهَا: الْأَجَلُ فَلَا يَحِلُّ الدَّيْنُ الْمُؤَجَّلُ إِذَا أَوْثَقَهُ الْوَرِثَةُ بِرَهْنٍ أَوْ كَفِيلٍ فِي أَشْهُرِ الرُّوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: الرَّدُّ بِالْعَيْبِ وَقَدْ تَرَدَّدَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ هَلْ هُوَ ثَابِتٌ ابْتِدَاءً أَوْ بِطَرِيقِ الْإِرْثِ؟ وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ إِرْثٌ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ إِنَّمَا يَثْبُتُ لِمَنْ كَانَ الْعَقْدُ لَهُ وَالْخِيَارُ الثَّابِتُ بِفَوَاتِ الصِّفَةِ الْمَشْرُوطَةِ فِي الْعَقْدِ مِثْلُهُ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي أَيْضًا مُعَلَّلًا بِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ فِيهِ الْأَرْضُ، وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ التَّخْرِيجِ أَنَّ مَنْ بَاعَ سِلْعَةً إِلَى أَجَلٍ ثُمَّ مَاتَ الْمُشْتَرِي فَاشْتَرَاهَا الْبَائِعُ مِنْ وَارِثِهِ بِأَقَلِّ مِنَ الثَّمَنِ لَمْ يَجْزْ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ يَمْلِكُهَا عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الْمَيِّتِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَرُدُّهَا عَلَى بَائِعِهَا بِالْعَيْبِ فَصَارَ الشُّرَاءُ مِنْهُ كَالشُّرَاءِ مِنَ الْمَوْرِثِ، وَهَذَا غَرِيبٌ، وَهُوَ يُشْبِهُ الْوَجْهَ الَّذِي حَكَاهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي بِنَاءِ الْوَارِثِ عَلَى حَوْلِ الْمَوْرِثِ فِي الزَّكَاةِ.

النُّوعُ الثَّانِي: الْحُقُوقُ الَّتِي هِيَ عَلَى الْمَوْرُوثِ، فَإِذَا كَانَتْ لَازِمَةً قَامَ الْوَارِثُ مَقَامَهُ فَيَقَامُ الْوَارِثُ مَقَامَهُ فِي إِيْفَائِهَا وَإِنْ كَانَتْ جَائِزَةً، فَإِنْ بَطَلَتْ بِالْمَوْتِ فَلَا كَلَامَ وَإِنْ لَمْ تَبْطُلْ

بِالْمَوْتِ فَالْوَارِثُ قَائِمٌ مَقَامُهُ فِي إِمْضَائِهَا وَرَدَّهَا وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: إِذَا مَاتَ وَعَلَيْهِ دْيُونٌ أَوْ أَوْصَى بِوَصَايَا فَلِلْوَرَّةِ تَنْفِيذُهَا إِذَا لَمْ يُعَيَّنْ وَصِيًّا.

وَمِنْهَا: إِذَا مَاتَ وَعَلَيْهِ عِبَادَةٌ وَاجِبَةٌ تُفْعَلُ عَنْهُ بَعْدَ مَوْتِهِ كَالْحَجِّ وَالْمَنْدُورَاتِ فَإِنَّ الْوَرَّةَ يَفْعَلُونَهَا عَنْهُ وَيَجِبُ عَلَيْهِمْ بِذَلِكَ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ وَإِلَّا فَلَا. وَلَوْ فَعَلَهَا عَنْهُ أَجْنَبِيٌّ بِدُونِ إِذْنِهِمْ فِي الْإِجْزَاءِ وَجَهَانٍ وَكَذَلِكَ الْكُفَّارَاتُ الْوَاجِبَةُ بِالْمَالِ قَالَ فِي الْمُغْنِيِّ: إِنْ أَعْتَقَ فِيهَا الْأَجْنَبِيُّ لَمْ يَصَحَّ وَإِنْ أَعْتَقَ الْوَارِثُ صَحَّ؛ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الْمَوْرُوثِ فِي مَالٍ وَأَدَاءِ وَاجِبَاتِهِ، وَفِي الْبُلْغَةِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ صَحَّ عِتْقُهُ عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ لَمْ يَصَحَّ عِتْقُهُ عَنْهُ وَيَصَحُّ إِطْعَامُهُ عَنْهُ، وَأَمَّا الْأَجْنَبِيُّ فَلَا يَصَحُّ عِتْقُهُ عَنْهُ وَفِي صِحَّةِ إِطْعَامِهِ عَنْهُ وَجَهَانٍ، وَلَوْ مَاتَ مَنْ أَوْجَبَ أَضْحِيَّةً قَبْلَ ذَبْحِهَا فَالْوَارِثُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الذَّبْحِ.

تَنْبِيْهُ: كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ يُطْلِقُ ذِكْرَ الْوَارِثِ هُنَا. وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ: هُوَ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ، وَكَذَلِكَ قَالَ الْخِرَقِيُّ: هُوَ الْوَارِثُ مِنَ الْعَصْبَةِ، فَأَمَّا الْوَارِثُ بِالشُّعْعَةِ فَيَدْخُلُ فِيهِ الْعَصَبَاتُ وَذَوُو الْفُرُوضِ وَالرَّحِمُ، وَأَمَّا الْوَارِثُ لِحَدِّ الْقَدْفِ فَكَذَلِكَ عَلَى الْمَنْصُوصِ وَقِيلَ يَخْتَصُّ بِالْعَصْبَةِ وَقِيلَ: بِمَنْ عَدَا الزَّوْجَيْنِ مِنَ الْوَرَّةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا مَاتَ الرَّاهِنُ قَبْلَ إِقْبَاضِ الرَّهْنِ الَّذِي لَا يَلْزُمُهُ بِدُونِ قَبْضِ فَوَارِثِهِ قَائِمٌ مَقَامُهُ فِي اخْتِيَارِ التَّقْضِضِ وَالْامْتِنَاعِ ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ، وَقَالُوا: وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامَ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ وَأَبِي طَالِبٍ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَتَوَلَّى إِلَى الزُّرْمِ فَلَا يَبْطُلُ فِي الْمَوْتِ كَالْبَيْعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، بِخِلَافِ الشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ مَعَ أَنَّ فِي الْمُضَارَبَةِ خِلَافًا سَبَقَ.

وَمِنْهَا: إِذَا مَاتَ الْوَاهِبُ قَبْلَ لُزُومِ الْهَبَةِ بِالْقَبْضِ فِيهِ وَجَهَانٍ:

أَحَدُهُمَا: يَقُومُ وَارِثُهُ مَقَامَهُ فِي ذَلِكَ كَالرَّهْنِ قَالَهُ أَبُو الْخَطَّابِ.

وَالثَّانِي: يَبْطُلُ وَهُوَ الْمَنْصُوصُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ وَاخْتِيَارِ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَقَالَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي الْهَبَةِ فِي الصَّحَّةِ، وَأَمَّا الْعَطِيَّةُ فِي الْمَرَضِ إِذَا مَاتَ قَبْلَ إِقْبَاضِهَا فَجُعِلَ الْوَرَّةُ فِيهَا بِالْخِيَارِ لِشَبْهِهَا بِالْوَصِيَّةِ.

* * *

القاعدة الخامسة والأربعون بعد المائة:

المُعْتَدَةُ الْبَائِنُ فِي حُكْمِ الزَّوْجَاتِ فِي مَسَائِلَ:

مِنْهَا: أَنَّ الْمَبْتُوتَةَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ تَرِثُ^(١) فِي الْعِدَّةِ دُونَ مَا بَعْدَهَا عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ مَانِعٌ مِنَ الْإِرْثِ فَلَمَّا قَصَدَ بِهِ الْفِرَارُ مِنَ الْحَقِّ الْمُنْعَقِدِ سَبَبُهُ ضَعْفٌ مِنْهُ فَلَمْ يَعْمَلْ فِي الْمَنْعِ مَا دَامَتْ عُلُقُ الزَّوْجِيَّةِ قَائِمَةً.

وَمِنْهَا: تَحْرِيمُ نِكَاحِ الْأَخْتِ فِي عِدَّةِ أُخْتِهَا الْبَائِنِ. وَالْخَامِسَةُ فِي عِدَّةِ الرَّابِعَةِ تَنْزِيلًا لِحَالَةِ الْعِدَّةِ مَنْزِلَةَ حَالَةِ النِّكَاحِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ الْعِدَّتَيْنِ مِنْ رَجُلَيْنِ لَا يَتَدَاخِلَانِ فَإِذَا وَطِئَتْ الْبَائِنُ بِشِبْهَةٍ فِي عِدَّتِهَا أَتَمَّتْ عِدَّةَ الْأَوَّلِ وَاسْتَأْنَفَتْ الْعِدَّةَ لِلثَّانِي عَلَى الْمَذْهَبِ فَلَا تَكُونُ مَحْبُوسَةً عَلَى رَجُلَيْنِ فِي عِدَّةٍ وَاحِدَةٍ، كَمَا لَا يُحْبَسُ عَلَيْهِمَا فِي نِكَاحٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ بِشِبْهَةٍ هُوَ الزَّوْجُ تَدَاخَلَتْ الْعِدَّتَانِ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ رَجُلٍ وَاحِدٍ، إِلَّا أَنْ تَحْمِلَ مِنْ أَحَدِ الْوَطَائِنِ فَبِئِذَا تَدَاخَلَتْ وَجْهَانِ لِكَوْنِ الْعِدَّتَيْنِ مِنْ جِنْسَيْنِ، وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ فِيمَا إِذَا وَطِئَتْ زَوْجَةُ الطِّفْلِ ثُمَّ مَاتَ عَنْهَا ثُمَّ وَضَعَتْ قَبْلَ تَمَامِ عِدَّةِ الْوَفَاةِ أَنَّهَا لَا تَحِلُّ لَهُ حَتَّى تَكْمَلَ عِدَّةُ الْوَفَاةِ، قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: وَظَاهِرُ هَذَا تَدَاخُلُ الْعِدَّتَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ طَلَّقَ الْمَدْخُولُ بِهَا طَلَاقًا بَائِنًا ثُمَّ نَكَحَهَا فِي الْعِدَّةِ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ فَبِئِذَا طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي الرَّجْعِيَّةِ إِذَا رُوجِعَتْ أَوْ طَلِّقَتْ فِي الْعِدَّةِ قَبْلَ الْإِصَابَةِ هَلْ تَبْنِي أَوْ تَسْتَأْنَفُ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْمَجْرَدِ وَالْفُضُولِ وَالْمُحَرَّرِ.

وَالثَّانِي: تَبْنِي هُنَا رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ وَهُوَ مَا فِي تَعْلِيْقِ الْقَاضِي وَعُمْدِ الْأَدِلَّةِ لَانْقِطَاعِ النِّكَاحِ الثَّانِي عَنْ الْأَوَّلِ بِالْبَيِّنَةِ بِخِلَافِ الرَّجْعِيَّةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَاتَ مُسْلِمٌ وَزَوْجَتُهُ ذِمِّيَّةٌ فَأَسْلَمَتْ فِي الْعِدَّةِ قَبْلَ قِسْمَةِ الْمِيرَاثِ فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ الْبِرْزَاطِيِّ عَلَى أَنَّهَا تَرِثُ مَا لَمْ تُنْقَضْ عِدَّتُهَا، وَعَلَى هَذَا فَلَوْ أَسْلَمَتْ الْمَرْأَةُ أَوَّلًا ثُمَّ مَاتَتْ فِي مَدَّةِ الْعِدَّةِ لَمْ يَرِثْهَا زَوْجُهَا الْكَافِرُ وَلَوْ أَسْلَمَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ لَانْقِطَاعِ عُلُقِ الزَّوْجِيَّةِ عَنْهُ بِمَوْتِهَا، وَحَكَى الْقَاضِي عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ الزَّوْجَيْنِ لَا يَتَوَارَثَانِ بِالإِسْلَامِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ بِحَالٍ، قَالَ وَظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ خِلَافُهُ وَأَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ وَغَيْرِهِمَا كَمَا

(١) واختلف قول الشافعي في ذلك أيضاً حيث ذهب إلى إنها ترثه لأنه متهم في قطع إرثها فترث كالقاتل لما كان متهما في استعجال الميراث لم يرث. والصحيح أنها لا ترث لأنها بينونة قبل الموت فقطعت الأثر كالطلاق في الصحة. المذهب (٢/٢٥٠).

يَرِثُ الزَّوْجَانِ مِنَ الدِّيَةِ سَوَاءٌ قِيلَ: بِحُدُوثِهَا عَلَى مِلْكِهِمْ أَوْ عَلَى مِلْكِ الْمَوْرُوثِ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْقَاضِي الْمَنْصُوصَ عَنْ أَحْمَدَ، وَأَمَّا نَفَقَةُ الْبَائِنِ فَإِنْ كَانَتْ يَفْسُخُ أَوْ طَلَاقٍ فَلَهَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ مَعَ الْحَمْلِ وَإِلَّا فَلَا، هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ فِي مُقَابَلَةِ التَّمْكِينِ مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ وَلِهَذَا لَمْ يَجِبْ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَلَا مَعَ التَّشْوِيزِ وَعَنْهُ لَهَا السُّكْنَى خَاصَّةً إِذَا لَمْ تَكُنْ حَامِلًا، وَعَنْهُ لَهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى حَكَاهَا ابْنُ الزَّاغُونِي وَغَيْرُهُ مُطْلَقًا، وَقِيلَ: هِيَ كَالزَّوْجَةِ يَجُوزُ لَهَا الْخُرُوجُ وَالتَّجَوُّلُ بِإِذْنِ الزَّوْجِ مُطْلَقًا.

* * *

القاعدة السادسة والأربعون بعد المائة:

تُفَارِقُ الْمُطَلَّقةُ الرَّجْعِيَّةُ الزَّوْجَاتِ فِي صُورٍ:
مِنْهَا: أَنْ فِي إِبَاحَتِهَا فِي مَدَّةِ الْعِدَّةِ رِوَايَتَيْنِ، وَعَلَى رِوَايَةِ التَّحْرِيمِ فَهَلْ يَجِبُ لَهَا الْمَهْرُ بِالْوَطْءِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: أَنْ طَلَاقَهَا فِي مَدَّةِ الْعِدَّةِ طَلَاقٌ بِدْعَةٍ عَلَى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: أَنْ الْإِبْلَاءَ مِنْهَا هَلْ يَصِحُّ مِنْهَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: هَلْ يَصِحُّ اخْتِيَارُهَا لِزَوْجِهَا إِذَا عَتَقَتْ تَحْتَ عِبْدٍ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ نَكَحَتْ الْمُطَلَّقةُ ثَلَاثًا زَوْجًا آخَرَ فَخَلَى بِهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا وَقُلْنَا: تَجِبُ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ بِالْخُلُوةِ وَتُبَّتِ الرَّجْعَةُ وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ثُمَّ وَطَّئَهَا فِي مَدَّةِ الْعِدَّةِ فَهَلْ يَحِلُّهَا لِزَوْجِهَا الْأَوَّلِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، حَكَاهُمَا صَاحِبُ التَّرْغِيبِ.

وَمِنْهَا: إِذَا عَلِقَتْ الرَّجْعِيَّةُ فِي مَدَّةِ الْعِدَّةِ بِوَلَدٍ فَهَلْ تُلْحَقُ بِمُطَلَّقِهَا أَمْ لَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: أَنْ الْمُعْتَدَّةَ مِنْ أَجْنَبِيٍّ مِنْ طِفْلِهَا هَلْ تَعُودُ إِلَى حَضَانَتِهِ فِي مَدَّةِ الرَّجْعَةِ أَمْ لَا تَعُودُ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَاتَ زَوْجُ الرَّجْعِيَّةِ فَهَلْ تَنْتَقِلُ إِلَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ أَوْ تَعْتَدُ بِأُطُولِهَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: أَنْ الرَّجْعِيَّةَ يَجِبُ عَلَيْهَا لُزُومُ مَنْزِلِهَا لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى كَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ وَذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ، وَقِيلَ: هِيَ كَالزَّوْجَةِ يَجُوزُ لَهَا الْخُرُوجُ وَالتَّجَوُّلُ بِإِذْنِ الزَّوْجِ مُطْلَقًا.

* * *

القاعدة السابعة والأربعون بعد المائة:

أَحْكَامُ النِّسَاءِ عَلَى النِّصْفِ مِنَ أَحْكَامِ الرِّجَالِ فِي مَوَاضِعَ:
 مِنْهَا: الْمِيرَاثُ^(١) وَالِدِيَّةُ. وَمِنْهَا: الْعَقِيقَةُ عَنِ الْغُلَامِ شَاتَانِ وَعَنْ الْجَارِيَةِ شَاةٌ.
 وَمِنْهَا: الشَّهَادَةُ وَالْعَتَقُ، فَيَعْدِلُ عَتَقُ امْرَأَتَيْنِ بِعَتَقِ رَجُلٍ فِي الْفِكَاكِ مِنَ النَّارِ، كَمَا دَلَّ عَلَيْهِ
 الْحَدِيثُ، وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَيْنِ: إِحْدَاهُمَا: كَذَلِكَ. وَالثَّانِيَةُ: وَجَعَلَهَا
 الْمَذْهَبُ: أَنَّ عَتَقَ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ.
 وَمِنْهَا: عَطِيَّةُ الْأَوْلَادِ فِي الْحَيَاةِ فَإِنَّ الْمَشْرُوعَ عِنْدَنَا أَنْ يَكُونَ عَلَى سَبِيلِ الْمِيرَاثِ خِلَافًا
 لِابْنِ عَقِيلٍ.

وَمِنْهَا: الصَّلَاةُ فَإِنَّ الْمَرْأَةَ تَسْقُطُ عَنْهَا الصَّلَاةُ أَيَّامَ الْحَيْضِ^(٢)، وَكَثُرَ الْحَيْضُ عَلَى ظَاهِرِ
 الْمَذْهَبِ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا وَهُوَ نِصْفُ الشَّهْرِ.

* * *

القاعدة الثامنة والأربعون بعد المائة:

مِنْ أَدْلَى بَوَارِثٍ وَقَامَ مَقَامُهُ فِي اسْتِحْقَاقِ إِرْثِهِ سَقَطَ بِهِ، وَإِنْ أَدْلَى بِهِ وَلَمْ يَرِثْ مِيرَاثُهُ لَمْ
 يَسْقُطْ بِهِ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسْأَلَتَانِ:
 إِحْدَاهُمَا: وَلَدُ الْأُمِّ يَدُلُّونَ بِالْأُمِّ وَيَرِثُونَ مَعَهَا؛ لِأَنَّهُمْ يَرِثُونَ بِالْأُخُوَّةِ لَا بِالْأُمُوَّةِ. وَالثَّانِيَةُ:
 الْجَدَّةُ أُمُّ الْأَبِ تَرِثُ مَعَ الْأَبِ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ؛ لِأَنَّهُمَا لَا تَرِثُ مِيرَاثَ جَدَّةٍ لَا مِيرَاثَ
 جَدٍّ.

* * *

القاعدة التاسعة والأربعون بعد المائة:

الْحَقُّ الثَّابِتُ لِمُعَيَّنٍ يُخَالِفُ الثَّابِتَ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ فِي أَحْكَامٍ: مِنْهَا مَنْ لَهُ وَارِثٌ مُعَيَّنٌ لَيْسَ
 لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِأَكْثَرِ مِنْ ثُلُثِهِ^(٣)، وَمَنْ لَا وَارِثَ لَهُ مِنْ ذِي فَرْصٍ وَلَا عَصْبَةٍ وَلَا رَحِمٍ هَلْ لَهُ
 أَنْ يُوصِيَ بِمَالِهِ كُلِّهِ أَمْ لَا؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ، فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ بَنَاهُمَا عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ،
 وَمِنْهُمْ مَنْ بَنَاهُمَا عَلَى أَنَّ بَيْتَ الْمَالِ هَلْ هُوَ عَصْبَةٌ وَارِثٌ أَمْ لَا؟ وَيَتَعَلَّقُ بِهَذَا إِذَا أَقَرَّ الْإِمَامُ

(١) فالينت على النصف من الولد والزوجة على النصف من الزوج.

(٢) لقوله ﷺ: «إِذَا أَتَيْتَ حَيْضَتَكَ فَدَعِيَ الصَّلَاةَ وَإِذَا أَدْبَرْتَ فَاغْسِلِي عَنكَ الدَّمَ وَصَلِي».

(٣) لقوله ﷺ: لسعد بن أبي وقاص: «الثلث والثلث كثير». شرح الزرقاني (٤/ ٥٤٠).

يَنْسَبُ مَنْ لَا يَعْلَمُ لَهُ وَارِثٌ مُعَيَّنٌ، قَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ: يَثْبُتُ نَسَبُهُ؛ لِأَنَّ الْمَالَ لِلْمُسْلِمِينَ وَالْإِمَامَ نَائِبَهُمْ، وَهَذَا كَأَنَّهُ تَفْرِيعٌ عَلَى الْقَوْلِ بِتَوْرِيثِ بَيْتِ الْمَالِ، وَيَتَوَجَّهُ مِثْلُ ذَلِكَ فِي إِجَازَةِ الْإِمَامِ وَصِيَّةً مَنْ وَصَّى بِكُلِّ مَالِهِ، وَقُلْنَا: لَا يَجُوزُ لَهُ الزِّيَادَةُ عَلَى الثَّلَاثِ. وَذَكَرَ الْأَصْحَابُ أَنَّ مَنْ قُتِلَ وَلَا وَارِثَ لَهُ فَلِلْإِمَامِ الْعَفْوُ عَنْ قَاتِلِهِ إِلَى الدِّيَّةِ وَلَيْسَ لَهُ الْعَفْوُ مَجَانًا؛ لِأَنَّهُ كَتَوْرِيثِ الْقَاتِلِ، وَهَلْ لَهُ أَنْ يَقْتَصَرَ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ قَدْ سَبَقَ ذِكْرُ مَا أَخَذَ بِهِمَا.

وَمِنْهَا: الْأَمْوَالُ الَّتِي يُجْهَلُ رَبُّهَا يَجُوزُ التَّصَدُّقُ مِنْهَا بِخِلَافِ مَا عَلِمَ رَبُّهَا، وَقَدْ سَبَقَ مِنْ ذَلِكَ صَوْرٌ عَدِيدَةٌ.

وَمِنْهَا: إِذَا مَاتَ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُوجَلٌّ فَهَلْ يَحِلُّ؟ قَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْمَجَرَّدِ وَصَاحِبُ الْمُغْنِيِّ: يَحِلُّ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ يَسْتَحِقُّهُ الْوَارِثُ وَقَدْ عُدِمَ هُنَا. وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ احْتِمَالَيْنِ؛ لِأَنَّ لَهُ وَارِثًا لَكِنَّهُ غَيْرُ مُعَيَّنٍ، وَقَدْ يَتَخَرَّجُ عَلَى هَذَا مَا إِذَا مَاتَ الْمُسْتَأْجِرُ وَلَا وَارِثَ لَهُ، هَلْ تَنْفَسَخُ الْإِجَارَةُ أَمْ لَا؟ فَإِنَّ أَحْمَدَ نَصَّ فِيْمَنْ أَكْثَرَى بَعِيرًا لِيَحْجُجَ عَلَيْهِ فَمَاتَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ فَإِنَّ عَادَ الْبَعِيرُ خَالِيًا فَعَلَيْهِ بِقَدَرِ مَا وَجَبَ لَهُ، وَوَجَّهَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ غَيْرُهُ بِأَنَّهُ تَعَدَّى انْتِفَاعَهُ فِي بَقِيَّةِ الْمُدَّةِ وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ يَسْتَوْفِي الْمَنْفَعَةَ فَانْفَسَخَتْ الْإِجَارَةُ بِذَلِكَ. وَصَرَّحَ الْأَصْحَابُ بِأَنَّ الْإِمَامَ يَأْخُذُ بِالشُّعْبَةِ إِذَا مَاتَ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ بَعْدَ الْمَطَالَبَةِ بِهَا، وَفِي عُمْدَةِ الْأَدِلَّةِ لِابْنِ عَقِيلٍ أَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ كَذَلِكَ فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ الْمَالَ الْمُسْتَحَقَّ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ كَالزَّكَاةِ لَا تَقِفُ آدَاؤُهُ عَلَى مَطَالِبَتِهِمْ وَلَا عَلَى مَطَالَبَةِ وَكَيْلِهِمْ وَهُوَ الْإِمَامُ، وَلِهَذَا لَا تَسْقُطُ الزَّكَاةُ عِنْدَنَا بِتَلَفِ النَّصَابِ قَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنَ الْأَدَاءِ، بِخِلَافِ الْمُسْتَحَقَّ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ الْأَدَاءُ إِلَيْهِ بِدُونِ مَطَالَبَةٍ.

* * *

القاعدة الخمسون بعد المائة:

تُعْتَبَرُ الْأَسْبَابُ فِي عَقُودِ التَّمْلِيكَاتِ كَمَا يُعْتَبَرُ فِي الْإِيمَانِ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى هَذَا مَسَائِلُ مُتَعَدِّدَةٌ:

مِنْهَا: مَسَائِلُ الْعَيْنَةِ^(١).

(١) العينة: هي اقتراض شخص من آخر مبلغا من النقود (مائة جنية مثلا) فيقول الآخر: لا أقرضك ولكن أبيعك إلى أجل هذه السلعة بمائة وخمسين جنيها، والحال أنها لا تساوي في السوق سوى مائة جنية فيضطر لشراؤها ويأخذها لبيعها ليسد حاجته.

وَمِنْهَا: هَدِيَّةُ الْمُقْتَرَضِ قَبْلَ الْإِدَاءِ ^(١) فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ قَبُولُهَا مِنْ مَنْ لَمْ يَجْرِ لَهُ مِنْهُ عَادَةٌ.
وَمِنْهَا: هَدِيَّةُ الْمُشْرِكِينَ لِأَمِيرِ الْجَيْشِ فَإِنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِهَا عَلَى الْمَذْهَبِ بَلْ هِيَ غَنِيمَةٌ أَوْ
فِيَّ عَلَى اخْتِلَافِ الْأَصْحَابِ.

وَمِنْهَا: هَدَايَا الْعُمَالِ قَالَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ أَبِي طَالِبٍ فِي الْهَدَايَا الَّتِي تُهْدَى لِلْأَمِيرِ فَيُعْطَى
مِنْهَا الرَّجُلُ قَالَ: هَذَا الْغُلُولُ ^(٢)، وَمَنْعَ الْأَصْحَابِ مِنْ قَبُولِ الْقَاضِي هَدِيَّةً مَنْ لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ
بِهَدِيَّتِهِ لَهُ قَبْلَ وَلَا يَتَّي.

وَمِنْهَا: هِبَةُ الْمَرْأَةِ زَوْجَهَا صَدَاقَهَا إِذَا سَأَلَهَا ذَلِكَ، فَإِنَّ سَبِيهَا طَلَبُ اسْتِدَامَةِ النِّكَاحِ، فَإِنْ
طَلَقَهَا فَلَهَا الرَّجُوعُ فِيهَا نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ.

وَمِنْهَا: الْهَدِيَّةُ لِمَنْ يَشْفَعُ لَهُ بِشَفَاعَةٍ عِنْدَ السُّلْطَانِ وَنَحْوِهِ فَلَا يَجُوزُ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي، وَأَوْمَأَ
إِلَيْهِ لِأَنَّهَا كَالْأَجْرَةِ، وَالشَّفَاعَةُ مِنَ الْمَصَالِحِ الْعَامَةِ فَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْأَجْرَةِ عَلَيْهَا، وَفِيهِ حَدِيثٌ
صَرِيحٌ فِي السُّنَنِ، وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ صَالِحٍ فِيمَنْ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ فَأَذَاهَا فَأَهْدَيْتَ إِلَيْهِ هَدِيَّةً:
أَنَّهُ لَا يَقْبَلُهَا إِلَّا بِنِيَّةِ الْمَكَافَاةِ، وَحُكْمُ الْهَدِيَّةِ عِنْدَ آدَاءِ سَائِرِ الْأَمَانَاتِ حُكْمُ الْوَدِيعَةِ.

وَمِنْهَا: مَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَاهَانَ فِيمَنْ اشْتَرَى لَحْمًا ثُمَّ اسْتَزَادَ الْبَائِعَ فَزَادَهُ
ثُمَّ رَدَّ اللَّحْمَ بَعِيْبًا: فَالزِّيَادَةُ لِصَاحِبِ اللَّحْمِ؛ لِأَنَّهَا أُخِذَتْ بِسَبَبِ اللَّحْمِ فَجَعَلَهَا تَابِعَةً لِلْعَقْدِ
فِي الرَّدِّ؛ لِأَنَّهَا مَأْخُودَةٌ بِسَبَبِهِ، وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ لَاحِقَةٍ بِهِ. وَتَأَوَّلَهَا الْقَاضِي عَلَى أَنَّهَا إِنْ كَانَتْ
مَأْخُودَةً فِي الْمَجْلِسِ فَلَحِقَتْ بِالْعَقْدِ، وَخَرَجَ ابْنُ عَقِيلٍ مِنْهَا رَوَايَةً بِالْحُقُوقِ الزِّيَادَةِ بَعْدَ لُزُومِ
الْعَقْدِ وَالْحَاجَةِ إِلَى ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: مَا حَكَاهُ الْأَثَرُ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْمَوْلَى يَتَزَوَّجُ الْعَرِيَّةَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا، فَإِنْ كَانَ دَفَعَ
إِلَيْهَا بَعْضَ الْمَهْرِ وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا يَرُدُّوهُ، وَإِنْ كَانَ أَهْدَى هَدِيَّةً يَرُدُّونَهَا عَلَيْهِ. قَالَ الْقَاضِي فِي
الْجَامِعِ: لِأَنَّ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ وَهَبَ لَهُ بِشَرْطِ بَقَاءِ الْعَقْدِ فَإِذَا زَالَ مَلَكَ الرَّجُوعُ
بِهَا كَالْهَبَةِ بِشَرْطِ الثَّوَابِ انْتَهَى. وَهَذَا فِي الْفُرْقَةِ الْقَهْرِيَّةِ لِقُدْرَةِ الْكِفَاءَةِ وَنَحْوِهَا ظَاهِرٌ، وَكَذَلِكَ
الْفُرْقَةُ الْإِخْتِيَارِيَّةُ الْمَقْسُطَةُ لِلْمَهْرِ فَاَمَّا النَّسْخُ الْمَقْرَرُّ لِلْمَهْرِ أَوْ نَصْفُهُ فَتُبْتُ مَعَهُ الْهَدِيَّةُ.

فَاَمَّا إِنْ كَانَتْ الْعَطِيَّةُ لِغَيْرِ الْمُتَعَاذِلِينَ لِسَبَبِ الْعَقْدِ كَأَجْرَةِ الدَّلَالِ وَنَحْوِهَا فَفِي النَّظَرِيَّاتِ

(١) أو بعده لئلا تتخذ ذريعة إلى حب إقراض من عرف عنه ذلك.

(٢) ومن ذلك حديث: «ما بال العامل نستعمله على العمل فيأتي ويقول هذا لكم وهذا أهدى إلي، فهلا
جلس في بيته فينظر أيهدى له أم لا».

لأَبْنِ عَقِيلٍ: أَنَّ فُسْخَ الْبَيْعِ بِإِقَالَةٍ وَنَحْوِهَا لَمْ يَقِفْ عَلَى التَّرَاضِي فَلَا يَرُدُّ الْأَجْرَةَ وَإِنْ فُسْخَ بِخِيَارٍ أَوْ عَيْبٍ رُدَّتْ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ مُتَرَدِّدًا بَيْنَ الزُّوْمِ وَعَدَمِهِ، وَقِيَاسُهُ فِي النِّكَاحِ أَنَّهُ إِنْ فُسْخَ لِفَقْدِ الْكِفَاءَةِ أَوْ الْعَيْبِ رُدَّتْ، وَإِنْ فُسْخَ لِرُدْوَةٍ أَوْ رَضَاعٍ أَوْ مُخَالَعَةٍ لَمْ تُرَدَّ.

* * *

القاعدةُ الحاديةُ والخمسونُ بعدَ المائة:

دَلَالَةُ الْأَحْوَالِ يَخْتَلِفُ بِهَا دَلَالَةُ الْأَقْوَالِ فِي قَبُولِ دَعْوَى مَا يُوَافِقُهَا وَرَدِّ مَا يُخَالِفُهَا، وَيَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا الْأَحْكَامُ بِمُجَرَّدِهَا، وَيَتَخَرَّجُ عَلَيْهِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: كِتَابَاتُ الطَّلَاقِ فِي حَالَةِ الْغَضَبِ وَالْخُصُومَةِ لَا يَقْبَلُ دَعْوَى إِرَادَةِ غَيْرِ الطَّلَاقِ بِهَا. وَمِنْهَا: كِتَابَاتُ الْقَذْفِ وَحُكْمُهَا كَذَلِكَ عَلَى الصَّحِيحِ، حَتَّى إِنْ أَبْنِ عَقِيلٍ جَعَلَهَا مَعَ دَلَالَةِ الْحَالِ صَرَاحًا.

وَمِنْهَا: لَوْ تَلَفَّظَ الْأَسِيرُ بِكَلِمَةِ الْكُفْرِ ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ كَانَ كُرْهًا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ الْأَسْرَ دَلِيلُ الْإِكْرَاهِ وَالْتَقِيَّةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَتَى الْكَافِرُ بِالشَّهَادَتَيْنِ عَلَى طَرِيقِ الْاسْتِهْزَاءِ وَالْحِكَايَةِ وَقَالَ: وَلَمْ أَرِدِ الْإِسْلَامَ مَعَ دَلَالَةِ الْحَالِ عَلَى صِدْقِهِ، فَهَلْ يَقْبَلُ مِنْهُ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ حَكَاهُمَا الْقَاضِي فِي رَوَايَتَيْهِ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَيْهِمَا لَوْ أَقْرَأَ بِمَالٍ فِي هَذِهِ الْحَالِ، وَأَقْتَى جَمَاعَةٌ بِلزوم ما أَقْرَأَ بِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَقْرَأَ الْمَحْبُوسُ أَوْ الْمَضْرُوبُ عُدْوَانًا ثُمَّ ادَّعَى الْإِكْرَاهَ قَبْلَ قَوْلِهِ نَصٍّ عَلَيْهِ. وَلَوْ أَحْضَرَ إِلَى سُلْطَانٍ فَأَقْرَأَ ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ دَهَشَ وَلَمْ يَعْقِلْ مَا أَقْرَأَ بِهِ لَمْ يَقْبَلْ. نَصٌّ عَلَيْهِ أَيْضًا. وَيَتَخَرَّجُ قَوْلُهُ إِذَا ظَهَرَتْ مِنْهُ أَمَارَةٌ ذَلِكَ مِنْ تَلَجُّجِهِ فِي كَلَامٍ وَرَعْدَةٍ وَنَحْوِهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ دَخَلَ حَرْبِيٌّ إِلَيْنَا وَمَعَهُ سِلَاحٌ فَادَّعَى أَنَّهُ جَاءَ مُسْتَأْمِنًا لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ سِلَاحٌ قُبِلَ نَصٌّ عَلَيْهِ. وَكَذَلِكَ لَوْ جَاءَ بَعْضُ عَسَاكِرِنَا بِحَرْبِيٍّ وَادَّعَى أَنَّهُ أَسْرَهُ وَقَالَ: بَلْ أَمْسَنِي، فَنَبِيهِ رَوَاتَانِ. وَثَالِثُهَا: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلٌ مَنْ يَدُلُّ الْحَالُ عَلَى صِدْقِهِ لِضَعْفِهِ أَوْ قُوَّتِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَاءَ الْمَكَاتِبُ سَيِّدُهُ بِتَمَامِ كِتَابَتِهِ فَقَبَضَهَا السَّيِّدُ ثُمَّ قَالَ لَهُ: أَنْتَ حُرٌّ ثُمَّ بَانَ الْمَالُ مُسْتَحَقًّا وَقَالَ السَّيِّدُ: إِنَّمَا أَرَدْتُ الْإِخْبَارَ بِعَتَقِهِ بِالْأَدَاءِ وَلَمْ أَرِدْ تَنْجِيزَ عَتَقِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَأَبْنِ عَقِيلٍ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ الْمُرُوذِيِّ فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إِنْ خَرَجْتَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَاسْتَعَارَتْ امْرَأَةً ثِيَابَهَا فَلَبِسَتْهَا فَأَبْصَرَهَا زَوْجَهَا حِينَ

خَرَجَتْ مِنَ الْبَابِ فَقَالَ: قَدْ فَعَلْتَ أَنْتِ طَالِقٌ، وَقَالَ: يَقَعُ طَلَاقُهُ عَلَى امْرَأَتِهِ، فَنَصَّ عَلَى وَفُوعِ طَلَاقِهِ، مَعَ أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ أَرَادَ الْإِخْبَارَ بِوُقُوعِ طَلَاقِهَا الْمَحْلُوفِ بِهِ عَلَى خُرُوجِهَا وَلَمْ يُدْنِهِ فِي ذَلِكَ. وَأَيْضًا فَلَوْ قِيلَ: أَنَّهُ قَصَدَ إِنْشَاءَ الطَّلَاقِ فَإِنَّهُ إِنَّمَا أَوْفَعَهُ عَلَيْهَا بِخُرُوجِهَا الَّذِي مَتَّعَهَا مِنْهُ وَلَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا، وَهَذَا يَشْهَدُ لِقَوْلِ الْقَاضِي فِيمَا إِذَا قَالَ لِزَوْجَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ أَنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، يَفْتَحُ الهمزة، أَنَّهَا تَطْلُقُ مُطْلَقًا سِوَاءَ كَانَتْ قَدْ دَخَلَتْ أَوْ لَمْ تَدْخُلْ، خِلَافًا لِمَا ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى أَنَّهَا لَا تَطْلُقُ إِذَا لَمْ تَكُنْ دَخَلَتْ مِنْ قَبْلُ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا طَلَّقَهَا لِمَلَّةٍ فَلَا يَثْبُتُ الطَّلَاقُ بِدُونِهَا، وَكَذَلِكَ أَقْبَى ابْنُ عَقِيلٍ فِي فِتْنَتِهِ فِيمَنْ قِيلَ لَهُ: قَدْ زَنْتَ زَوْجَتَكَ، فَقَالَ: هِيَ طَالِقٌ، ثُمَّ تَبَيَّنَ لَهُ أَنَّهَا لَمْ تَكُنْ زَنْتَ أَنَّهَا لَا تَطْلُقُ. وَجَعَلَ السَّبَبَ كَالشَّرْطِ اللَّفْظِيِّ أَوَّلَى، وَهَذَا هُوَ قَوْلُ عَطَاءِ بْنِ أَبِي رَبَاحٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ سَرَقَ عَيْنًا وَادَّعَى أَنَّهَا مِلْكُهُ فِي قِطْعِهِ رِوَايَتَانِ. ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِالسَّرِقَةِ قُطِعَ وَإِلَّا فَلَا صَحْحَهَا، صَاحِبُ التَّرْغِيبِ.

وَمِنْهَا: لَوْ ادَّعَى دَفْعَ ثَوْبِهِ إِلَى مَنْ يَخِيطُهُ أَوْ يَقْصُرُهُ أَوْ رَكِبَ سَفِينَةً وَهُوَ مَعْرُوفٌ بِأَخْذِ الْأَجْرَةِ عَلَى ذَلِكَ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَةَ.

وَمِنْهَا: الْهَبَةُ الَّتِي يُرَادُ بِهَا الثَّوَابُ بِدَلَالَةِ حَالِ الْوَاهِبِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، نَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى وَجُوبِ نَاعِمٍ، وَالْمَشْهُورُ خِلَافُهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَجَدَ لَقِيطٌ وَبَجَنِيهِ مَالٌ ظَاهِرٌ أَوْ مَدْفُونٌ طَرِيقًا فَإِنَّهُ يُحْكَمُ لَهُ بِهِ. وَكَذَلِكَ مَا يَكُونُ بِالْقُرْبِ مِنَ الْإِنْسَانِ أَوْ بَيْنَ يَدَيْهِ مِنْ مَتَاعٍ أَوْ طَعَامٍ وَنَحْوِهِ، ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ، قَالَ: كَذَلِكَ رَزْمَةُ الثِّيَابِ تَشْأَجِرُ الْحَطَبِ يُحْكَمُ بِهَا لِلْوَاقِفِ بِقُرْبِهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ شَاهِدٌ وَضَعَهَا عَنْهُ لِلِاسْتِرَاحَةِ فَكَأَنَّهُ عَلَى رَأْسِهِ انْتَهَى. وَيَنْبَغِي تَقْيِيدُهُ بِمَنْ كَانَ يَلِيقُ بِهِ حَمْلُهَا دُونَ مَنْ لَا يَحْمِلُهَا مِثْلُهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَنَازَعَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ فَمَا صَلَحَ لِلرَّجُلِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ وَمَا صَلَحَ لِلنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ اخْتَلَفَ صَانِعَانِ فِي آلَةٍ دَكَانَ لهُمَا أَوْ نَازَعَ رَبُّ الدَّارِ خِيَاطًا فِيهَا فِي إِبْرَةٍ أَوْ مِقْصَصٍ، أَوْ تَنَازَعَ الْمُؤْجَرُ وَالْمُسْتَأْجِرُ فِي رَفٍّ مَقْلُوعٍ أَوْ مِصْرَاعٍ لَهُ شَكْلٌ مَتَّصُوبٌ. وَمِنْ هَذَا الْبَابِ اللَّوْثُ فِي الْقِسَامَةِ وَالْقَضَاءِ بِمَعَاذِ الْقِمَطِ وَهُوَ رِوَايَةٌ حَكَاهَا ابْنُ أَبِي مُوسَى وَالْحَاقُّ النَّسَبِ بِالْقَافَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ ادَّعَى دَعْوَى يَشْهَدُ الظَّاهِرُ بِكَذِبِهَا مِثْلُ أَنْ ادَّعَى عَلَى الْخَلِيفَةِ أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ مَا

فِيهِ ثَقُلٌ وَحَمَلَهَا يَدِهِ لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ بِغَيْرِ خِلَافٍ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَإِنْ أَطْلُقَ الدَّعْوَى عَلَيْهِ فِي سَمَاعِهَا قَبْلَ أَنْ يُبَيِّنَ أَنَّ لَهَا أَصْلًا رَوَاتَيْنِ لاحتِمَالِ مُعَامَلَتِهِ بِوَكِيلِهِ. وَمِنْهَا: لَوْ اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي قَدْرِ الْمَهْرِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِي مَهْرَ الْمِثْلِ عَلَى إِحْدَى الرَّوَاتَيْنِ.

* * *

القاعدة الثانية والخمسون بعد المائة:

المُحَرَّمَاتُ فِي النِّكَاحِ أَرْبَعَةٌ أَنْوَاعٌ^(١):

النَّوْعُ الْأَوَّلُ: الْمُحَرَّمَاتُ بِالنِّسْبِ، وَضَابِطُ ذَلِكَ أَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَى الْإِنْسَانِ أَصُولُهُ وَفُرُوعُهُ، وَفُرُوعُ أَصْلِهِ الْأَدْنَى وَإِنْ سَقَلْنَ، وَفُرُوعُ أَصُولِهِ الْبَعِيدَةِ دُونَ بَنَاتِهِنَّ فَيَدْخُلُ فِي أَصُولِهِ: أُمُّهُ وَأُمُّ أُمِّهِ وَأُمُّ أَبِيهِ وَإِنْ عَلَوْنَ، وَدَخَلَ فِي فُرُوعِهِ: بِنْتُهُ وَبِنْتُ بِنْتِهِ وَبِنْتُ ابْنِهِ وَإِنْ نَزَلْنَ، وَدَخَلَ فِي فَرْعِ أَصْلِهِ الْأَدْنَى: أَخَوَاتُهُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا وَبَنَاتُهُنَّ وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ وَأَوْلَادُهُمْ وَإِنْ سَقَلْنَ، وَدَخَلَ فِي فُرُوعِ أَصُولِهِ الْبَعِيدَةِ: الْعَمَّاتُ وَالْخَالَاتُ وَعَمَّاتُ الْأَبَوَيْنِ وَخَالَاتُهُمَا وَإِنْ عَلَوْنَ. وَلَمْ يَبْقَ مِنَ الْأَقَارِبِ حَلَالًا سِوَى أَصُولِ فُرُوعِهِ الْبَعِيدَةِ وَهُنَّ بَنَاتُ الْعَمِّ وَبَنَاتُ الْعَمَّاتِ وَبَنَاتُ الْخَالِ وَبَنَاتُ الْخَالَاتِ.

النَّوْعُ الثَّانِي: الْمُحَرَّمَاتُ بِالصَّهْرِ، وَهُنَّ أَقَارِبُ الزَّوْجَيْنِ وَكُلُّهُنَّ حَلَالٌ إِلَّا أَرْبَعَةً أَصْنَافٍ حَلَائِلُ الْأَبَاءِ وَالْأَبْنَاءِ وَأُمَّهَاتِ النِّسَاءِ وَبَنَاتِ النِّسَاءِ الْمَدْخُولِ بِهِنَّ. فَيَحْرُمُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ أَصُولُ الْآخَرِ وَفُرُوعُهُ فَيَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أُمُّ امْرَأَتِهِ وَأُمُّ أَبِيهَا وَإِنْ عَلَتْ. وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ بِنْتُ امْرَأَتِهِ وَهِيَ الرَّبِيبَةُ وَبِنْتُ بِنْتِهَا وَإِنْ سَقَلَتْ، وَتَحْرُمُ بِنْتُ الرَّبِيبِ أَيْضًا نَصًّا عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ، وَذَكَرَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ فِيهِ نِزَاعًا، وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِامْرَأَةِ أَبِيهِ وَإِنْ عَلَا، وَامْرَأَةُ ابْنِهِ وَإِنْ سَقَلَتْ.

النَّوْعُ الثَّالِثُ: الْمُحَرَّمَاتُ بِالْجَمْعِ، فَكُلُّ امْرَأَتَيْنِ بَيْنَهُمَا رَحِمٌ مَحْرُومٌ يَحْرُمُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا بِحَيْثُ لَوْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا ذَكَرًا لَمْ يَجْزِ لَهُ التَّزَوُّجُ بِالْآخَرَى لِأَجْلِ النَّسْبِ دُونَ الصَّهْرِ. فَلَا يَجُوزُ لَهُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا وَإِنْ عَلَتْ^(٢)، وَلَا بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ خَالَتِهَا وَإِنْ عَلَتْ، وَلَا بَيْنَ

(١) الأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ...﴾

(٢) وقد ورد النهي عن ذلك في حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى أن تنكح المرأة على عمتها أو المرأة على خالتها أو العمة على بنت أخيها أو الخالة على بنت اختها لا الصغرى على الكبرى ولا الكبرى على الصغرى. فتح الباري (٤٨١٩ ج ٩ ص ١٦).

الْأَخْتَيْنِ وَلَا بَيْنَ الْبَنَاتِ وَأُمِّهَا وَإِنْ عَكَتُ. قَالَ الشَّعْبِيُّ: كَانَ أَصْحَابُ مُحَمَّدٍ ﷺ يَقُولُونَ: لَا يَجْمَعُ الرَّجُلُ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ لَوْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا رَجُلًا لَمْ يَصْلُحْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا، ذَكَرَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِهِ عَبْدِ اللَّهِ بِإِسْنَادِهِ. وَلَكِنَّمَا قُلْنَا: لِأَجْلِ النَّسَبِ دُونَ الصَّهْرِ لِيُخْرَجَ مِنْ ذَلِكَ الْجَمْعُ بَيْنَ زَوْجَةٍ رَجُلٍ وَابْنَتِهِ مِنْ غَيْرِهَا فَإِنَّهُ مَبَاحٌ إِذَا لَا مَحْرَمِيَّةَ بَيْنَهُمَا لِيُخْشَى عَلَيْهِمَا الْقَطِيعَةُ لَكِنْ يَرُدُّ عَلَى هَذَا مَنْ كَانَ بَيْنَهُمَا تَحْرِيمٌ مِنَ الرِّضَاعِ فَإِنَّهُ يَحْرُمُ عَلَيْهِ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِمْ وَحَرْبٍ، وَتَوَقَّفَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي كَوْنِ تَشْبِيهِ الزَّوْجَةِ بِالْمَحْرَمَةِ مِنَ الرِّضَاعِ ظَاهِرًا فَدَلَّ أَنْ تَحْرِيمَ الرِّضَاعِ لَا يُسَاوِي تَحْرِيمَ النَّسَبِ مِنْ جَمِيعِ الْوُجُوهِ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

النَّوعُ الرَّابِعُ: الْمُحْرَمَاتُ بِالرِّضَاعِ^(١)، فَيَحْرُمُ بِهِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ فِي الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِهِ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ فَلَا يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ نِكَاحُ زَوْجَتِهِ وَابْنَتِهَا مِنَ الرِّضَاعِ، وَلَا عَلَى الْمَرْأَةِ نِكَاحُ أَبِي زَوْجِهَا وَابْنَتِهِ مِنَ الرِّضَاعِ. وَقَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ بَدِينٍ فِي حَلِيلَةِ الْإِبْنِ مِنَ الرِّضَاعِ: لَا يُعْجِنِي أَنْ يَتَزَوَّجَهَا، يُحْرَمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يُحْرَمُ مِنَ النَّسَبِ. وَلَيْسَ عَلَى هَذَا الضَّابِطُ إِيرَادُ صَحِيحٍ سِوَى الْمُرْضِعَةِ بَلْبِنِ الزَّنَا، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهَا مُحْرَمَةٌ كَالْبَنَاتِ مِنَ الزَّنَا فَلَا إِيرَادَ إِذَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* * *

القاعدة الثالثة والخمسون بعد المائة:

وَلَدَ الْوَلَدِ هَلْ يَدْخُلُ فِي مُسَمَّى الْوَلَدِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ، هَذَا ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ: أَحَدُهَا: أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي مُسَمَّاهُ مُطْلَقًا مَعَ وُجُودِ الْوَلَدِ وَعَدَمِهِ، وَذَلِكَ فِي صُورَةٍ مِنْهَا: الْمُحْرَمَاتُ فِي النِّكَاحِ كَالْبَنَاتِ وَحَلَائِلِ الْأَبْنَاءِ. وَمِنْهَا: امْتِنَاعُ الْقِصَاصِ بَيْنَ الْأَبِّ وَوَلَدِهِ. وَمِنْهَا: امْتِنَاعُ قُطْعِهِ فِي السَّرْقَةِ مِنْ مَالٍ وَلَدِهِ. وَمِنْهَا: رَدُّ شَهَادَةِ الْوَالِدِ لَوَلَدِهِ.. وَمِنْهَا: وَجُوبُ إِعْتِقِ الْوَلَدِ عَلَى وَالِدِهِ.

(١) القاعدة في ذلك (أن يقذف الرضيع ذكراً كان أم أنثى في أهل من أرضعته فيحرم عليه ما يحرم عليهم ويحل له ما يحل لهم).

وَمِنْهَا: جَرُّ الْوَلَاءِ، فَإِذَا كَانَ ابْنُ مُعْتَقِهِ قَوْمَ أَبِيهِ وَجَدَهُ رَقِيقَيْنِ فَبَعَثَ جَدَّهُ انْتَقَلَ الْوَلَاءُ إِلَى مَوَالِي الْجَدِّ، سَوَاءٌ كَانَ الْأَبُ مُوجُودًا أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَفِي الْأُخْرَى إِنْ كَانَ الْأَبُ مُفْقُودًا جَرَّ الْجَدُّ الْوَلَاءَ إِلَى مَوَالِيهِ، وَإِنْ كَانَ مُوجُودًا لَمْ يَجْرُهُ بِحَالٍ، وَفِي الثَّلَاثَةِ لَا يَجْرُهُ الْجَدُّ بِحَالٍ فَيَخْتَصُّ جَرُّ الْوَلَاءِ بِعَتَقِ الْأَبِ.

وَمِنْهَا: الْوَقْفُ عَلَى الْوَلَدِ فَيَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْوَلَدِ نَصًّا عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ وَيُوسُفُ بْنُ أَبِي مُوسَى وَمُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْمُنَادِي، وَهُوَ الَّذِي جَزَمَ بِهِ الْخَلَالُ وَابْنُ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي فِيمَا عُلِّقَ بِخَطِّهِ عَلَى ظَهْرِ خِلَافِهِ وَغَيْرِهِمْ. وَهَلْ يَدْخُلُونَ مَعَ آبَائِهِمْ بِالتَّشْرِيكِ أَوْ لَا يَدْخُلُونَ إِلَّا بَعْدَهُمْ عَلَى التَّرْتِيبِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ لِلْأَصْحَابِ، وَفِي التَّرْتِيبِ فَهَلْ هُوَ تَرْتِيبُ بَطْنٍ عَلَى بَطْنٍ فَلَا يَسْتَحِقُّ أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ الْوَلَدِ شَيْئًا مَعَ وُجُودِ فَرْدٍ مِنَ الْأَوْلَادِ، أَوْ تَرْتِيبُ فَرْدٍ عَلَى فَرْدٍ فَيَسْتَحِقُّ كُلُّ وَلَدٍ نَصِيبَ وَالِدِهِ بَعْدَ فَقْدِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَالثَّانِي هُوَ مَنْصُوصُ أَحْمَدَ وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُهُ، وَفِي أَحْكَامِ الْقُرْآنِ لِلْقَاضِي: إِنْ كَانَ ثُمَّ وَلَدٌ لَمْ يَدْخُلْ وَلَدُ الْوَلَدِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ دَخَلَ، وَاسْتَشْهَدَ بِآيَةِ الْمَوَارِيثِ قَالَ: وَيَصِحُّ حَمْلُ اللَّفْظِ عَلَى حَقِيقَتِهِ وَمَجَازِهِ وَفِي حَالَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ لَا فِي جِهَةٍ وَاحِدَةٍ، مَعَ أَنَّهُ ذَكَرَ احْتِمَالًا بِأَنَّ إِطْلَاقَ الْوَلَدِ عَلَى وَلَدِ الْوَلَدِ حَقِيقَةٌ، قَالَ: وَالْأَشْبَهُ أَنَّهُ مَجَازٌ لِصِحَّةِ نَفْسِهِ، وَفِي الْمَجْرَدِ لِلْقَاضِي لَوْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ثُمَّ عَلَى الْفُقَرَاءِ فَهُوَ بَعْدَ الْبَطْنِ الثَّانِي مِنْ وَلَدِهِ لِلْفُقَرَاءِ، وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ فَهَمَ مِنْهُ أَنَّ وَلَدَ الْوَلَدِ لَا يَدْخُلُونَ فِي إِطْلَاقِ الْوَلَدِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: بَلْ إِنَّمَا رَتَّبَ بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ مَرَّتَيْنِ ثُمَّ جَعَلَ بَعْدَهُمَا لِلْفُقَرَاءِ أَعْلَمَ أَنَّهُ أَرَادَ الْبَطْنَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ خَاصَّةً بِخِلَافِ حَالَةِ الْإِطْلَاقِ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ صَاحِبُ التَّلْخِيسِ.

وَمِنْهَا: الْوَصِيَّةُ لَوَلَدِهِ، وَقَدْ جَعَلَ الْأَصْحَابُ حُكْمَهَا حُكْمَ الْوَأَقْفِ، وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَى دُخُولِهِمْ فِي ذَلِكَ، وَالْمَعْرُوفُ عَنْ أَحْمَدَ إِنَّمَا هُوَ فِي الْوَقْفِ، وَأَشَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ إِلَى دُخُولِهِمْ فِي الْوَقْفِ دُونَ الْوَصِيَّةِ، لِأَنَّ الْوَقْفَ يَتَأَبَّدُ فَيَسْتَحِقُّ وَلَدُهُ طَبَقَةً بَعْدَ طَبَقَةٍ وَالْوَصِيَّةُ تَمْلِكُ لِلْمَوْجُودِينَ فَيَخْتَصُّ بِالطَّبَقَةِ الْعُلْيَا الْمَوْجُودَةِ. وَحَيْثُ قِيلَ بِدُخُولِ وَلَدِ الْوَلَدِ فِي الْوَقْفِ وَالْوَصِيَّةِ فَإِنَّمَا هُوَ فِي وَلَدِ الْبَيْنِ فَأَمَّا وَلَدُ الْبَنَاتِ فَفِيهِ وَجْهَانِ لِلْأَصْحَابِ، اخْتَارَ الْخُرَقِيُّ وَالْقَاضِي أَنَّهُمْ لَا يَدْخُلُونَ، وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ وَابْنُ حَامِلٍ دُخُولَهُمْ. وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ عَلَى أَنَّهُمْ لَا يَدْخُلُونَ فِي الْوَقْفِ عَلَى الْوَلَدِ، فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ لَا يَدْخُلُونَ فِي مُطْلَقِ الْوَلَدِ إِذَا وَقَعَ الْاِقْتِصَارُ عَلَيْهِ وَيَدْخُلُونَ فِي مُسَمًّى

وَلَدِ الْوَلَدِ، لِأَنَّهُمْ مِنْ وَلَدِ الْوَلَدِ حَقِيقَةً لَيْسُوا بِوَلَدٍ حَقِيقَةً، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَالشَّيْرَازِيِّ وَمَالٍ إِلَيْهَا صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ.

وَمِنْهَا: الْمَنْعُ فِي دَفْعِ الزَّكَاةِ إِلَى الْوَلَدِ يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْوَلَدِ وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ وَلَدُ الذَّكَورِ وَالْإِنَاثِ عَلَى الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّ وَلَدَ الْبِنْتِ قَدْ ثَبَتَ لَهُ حُكْمُ الْوَلَدِ فِي مَوْضِعٍ فَيُثَبَّتُ لَهُ حُكْمُ الْمَنْعِ مِنَ الزَّكَاةِ، بِخِلَافِ الْوَقْفِ وَالْوَصِيَّةِ فَإِنَّ الْمُرَاعَى فِيهِمَا صِدْقُ الْأَسْمِ وَثَبُوتُهُ فِي الْعُرْفِ لَا جَرِيَانُ الْحُكْمِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

النُّوعُ الثَّانِي: مَا يَدْخُلُ فِيهِ عِنْدَ عَدَمِ الْوَلَدِ لَا مَعَ وَجُودِهِ وَذَلِكَ فِي صُورٍ:

مِنْهَا: الْمِيرَاثُ فَيَرِثُ وَلَدُ الْوَلَدِ جَدَّهُمْ مَعَ فَقْدِ آبِيهِمْ كَمَا يَرِثُونَ آبَاءَهُمْ، وَلَكِنْ لَا يَرِثُهُمُ الْجَدُّ مَعَ فَقْدِ الْأَبِ كَمَا يَرِثُ الْأَبُ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ. وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَرِثُهُمْ كَأَبٍ مُطْلَقًا بِحَيْثُ يَحْجُبُ الْإِخْوَةَ كُلَّهُمْ، اخْتَارَهُ ابْنُ بَطَّةَ وَأَبُو حَفْصٍ الْبَرْمَكِيُّ وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ.

وَمِنْهَا: وَلَايَةُ النِّكَاحِ، فَيَلِكِي الْجَدُّ فِيهَا بَعْدَ الْأَبِ مُقَدِّمًا عَلَى الْإِبْنِ عَلَى قَوْلِ الْخَرَفِيِّ وَالْقَاضِي لَكِنْ لَا يَقُومُ مَقَامُ الْأَبِ فِي الْإِجْبَارِ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَحَكَى ابْنُ الزَّاغُونِي رَوَايَةً أَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الْإِجْبَارِ.

وَمِنْهَا: وَلَايَةُ الصَّلَاةِ عَلَى الْجَنَازَةِ فَيَلِكِي الْجَدُّ بَعْدَ الْأَبِ مُقَدِّمًا عَلَى الْإِبْنِ عَلَى الصَّحِيحِ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: الْحَضَانَةُ فَإِنَّ الْجَدَّ أَوَّلَى رَجَالِهَا بِهَا بَعْدَ الْأَبِ.

النُّوعُ الثَّلَاثُ: مَا لَا يَدْخُلُ فِيهِ فِي مُسَمًّى الْوَلَدِ بِحَالٍ وَذَلِكَ فِي صُورٍ كَثِيرَةٍ:

مِنْهَا: الرَّجُوعُ فِي الْهَبَةِ.

وَمِنْهَا: الْأَخْذُ مِنْ مَالِ الْوَلَدِ بِغَيْرِ حَاجَةٍ.

وَمِنْهَا: وَلَايَةُ الْمَالِ وَفِيهِ رَوَايَةٌ.

وَمِنْهَا: الْأَسْتِثْنَاءُ فِي الْجِهَادِ.

وَمِنْهَا: الْأَسْتِثْنَاءُ فِي الْإِسْلَامِ.

وَمِنْهَا: الْإِنْفِرَادُ بِالتَّفَقُّعِ مَعَ وَجُودِ وَارِثٍ غَيْرِهِ مُوسِرًا كَانَ الْوَارِثُ الَّذِي مَعَهُ أَوْ مُعْسِرًا فَالْمَعْرُوفُ أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ سَائِرِ مَنْ تَلَزَمَهُ التَّفَقُّعُ، هَلْ يَلْزَمُهُ كَمَالُ التَّفَقُّعِ أَوْ يَقْدَرُ إِرْثُهُ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ أَصَحُّهُمَا لَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ مِقْدَارِ إِرْثِهِ مِنْهُ، وَفِي الْإِقْنَاعِ لِابْنِ الزَّاغُونِي أَنَّ هَذَا

الْخِلَافَ فِي الْجَدِّ وَالْجَدَّةِ خَاصَّةً وَأَنَّ سَائِرَ الْأَقَارِبِ لَا يَلْزَمُ مِنْهُمْ الْغَنَى الثَّقَّةُ إِلَّا بِالْحِصَّةِ بِغَيْرِ خِلَافٍ.

القاعدة الرابعة والخمسون بعد المائة:

خُرُوجُ الْبُضْعِ مِنَ الزَّوْجِ هَلْ هُوَ مُتَقَوِّمٌ أَمْ لَا؟ بِمَعْنَى أَنَّهُ هَلْ يَلْزَمُهُ الْمَخْرَجُ لَهُ قَهْرًا ضَمَانُهُ لِلزَّوْجِ بِالْمَهْرِ؟ وَفِيهِ قَوْلَانِ فِي الْمَذْهَبِ وَيَذْكُرُ أَنَّ رَوَاتِبِينَ عَنْ أَحْمَدَ، وَكَثُرَ الْأَصْحَابُ كَالْقَاضِي وَمَنْ بَعْدَهُ يَقُولُونَ: لَيْسَ بِمُتَقَوِّمٍ، وَخَصَّوْا هَذَا الْخِلَافَ بِمَنْ عَدَا الزَّوْجَةَ فَقَالُوا: لَا يَضْمَنُ الزَّوْجُ شَيْئًا بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّهُ مُتَقَوِّمٌ عَلَى الزَّوْجَةِ وَغَيْرِهَا، وَحَكَاهُ قَوْلًا فِي الْمَذْهَبِ، وَبِتَخَرُّجٍ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ أَفْسَدَ مُفْسِدٌ نِكَاحَ امْرَأَةٍ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا بِرِضَاعٍ أَوْ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ حَيْثُ يَلْزَمُ الزَّوْجُ نِصْفَ الْمَهْرِ كَمَا إِذَا كَانَتِ الْفُرْقَةُ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ وَحْدَهُ وَلَهُ مَاخِذَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ خُرُوجَ الْبُضْعِ مِنَ الزَّوْجِ مُتَقَوِّمٌ فَيَتَقَوِّمُ قَبْلَ الدُّخُولِ يَنْصِفُ الْمَهْرَ الْمُسَمَّى وَفِيهِ وَجْهٌ يَنْصِفُ مَهْرَ الْمِثْلِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَقَوِّمٍ لَكِنْ الْمُفْسِدُ قَرَّرَ هَذَا النَّصْفَ عَلَى الزَّوْجِ إِذَا كَانَ بِصَدَدٍ أَنْ يَسْقُطَ عَنْهُ بِإِنْفِسَاخِ النِّكَاحِ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهَا.

وَالثَّلَاثُ: أَنَّ الْمَهْرَ كُلَّهُ يَسْقُطُ بِالْفُرْقَةِ لَكِنْ يَجِبُ لَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ وَجُوبًا مُبْتَدَأًا بِالْفُرْقَةِ الَّتِي اسْتَقَلَّ بِهَا الْأَجْنَبِيُّ فَلِذَلِكَ لَزِمَهُ ضَمَانُهُ ذِكْرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَفِيهِ بَعْدُ. وَأَمَّا حَيْثُ لَا يَلْزَمُ الزَّوْجُ شَيْءٌ كَمَا إِذَا وَطِئَ الْأَبُ أَوْ الْابْنُ زَوْجَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِتَمْكِينِهَا فَهَلْ يَلْزَمُهُ لَهُ نِصْفُ الْمَهْرِ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ مَذْكُورَيْنِ فِي الْمُغْنِيِّ وَغَيْرِهِ وَهُمَا مُتَنَزِّلَانِ عَلَى أَنَّ الْبُضْعَ هُوَ مُتَقَوِّمٌ أَمْ لَا؟ إِذْ لَا غَرَمَ هُنَا عَلَى الزَّوْجِ. وَنَقَلَ مُهَنَّأٌ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَبَعَثُوا إِلَيْهِ ابْنَتَهَا فَدَخَلَ بِهَا وَهُوَ لَا يَعْلَمُ قَالَ: حُرْمَتَا عَلَيْهِ جَمِيعًا قَالَ: فَقُلْتُ لَهُ: مَا عَلَيْهِ؟ فَقَالَ: عَلَيْهِ لِهَذِهِ الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا. قُلْتُ: وَلِذَا أُخْرِيَ مَا عَلَيْهِ؟ قَالَ: لَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ. قُلْتُ: يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ الَّذِي غَرِمَ لِابْنَتِهَا قَالَ: لَا، وَإِنَّمَا لَمْ يَرْجِعْ هُنَا عِنْدَهُ، لِأَنَّ فَسَادَ نِكَاحِهِ مَنْسُوبٌ إِلَيْهِ مُبَاشَرَةً فَلِذَلِكَ اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ، وَبِتَخَرُّجٍ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِمَا غَرِمَهُ عَلَى مَنْ غَرَمَهُ وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْإِفْسَادُ بَعْدَ الدُّخُولِ بِإِرْضَاعٍ أَوْ غَيْرِهِ فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ عَلَى الْمُفْسِدِ ضَمَانَ الْمَهْرِ الْمُسْتَقَرَّ عَلَى الزَّوْجِ وَهُوَ مَنصُوصٌ أَحْمَدُ فِي

رواية ابن القاسم بناءً على أن خروج البضع متقوم، وكما يضمن الغار المهر لمن غره وإن استقر بالدخول بل هنا أولى، لأن المغرور قد يكون فسخ النكاح باختياره كما إذا دلس عليه عيب أو نحوه حيث لم يرض بالمهر إلا مع السلامة من العيوب وهنا الفسخ بسبب الأجنبي فإنه هو المانع للزوج من الاستمتاع فكان الرجوع عليه بالمهر أولى، إذ الزوج يجب تمكينه من جنس الاستمتاع ويعود إليه المهر بمنعه من جنسه إذا لم يكن يستحقه مقدراً بخلاف منفعة الإجارة فإنها تنقسط على المدة، مع أن الإجارة تسقطها الأجرة عندنا بمنع المؤجر من التسليم المستحق بالعقد كله.

والوجه الثاني: أنه لا ضمان على المفسد بحال لاستقرار المهر على الزوج بالوطء بناءً على أن خروجه غير متقوم وإليه ميل ابن أبي موسى واختاره طائفة من المتأخرين. وأما إن كان المفسد للنكاح هو الزوجة وحدها بالرضاع أو غيره فقال الأصحاب: لا ضمان عليها بغير خلاف، لئلا يلزم استباحة بضعها بغير عوض، واختار الشيخ تقي الدين أن عليها الضمان وأخذه من مسألة المهاجرة وامرأة المفقود كما سيأتي وكما قال الأصحاب في الغارة: أنه لا مهر لها بل عندنا في الإجارة أن غضب المؤجر يسقط الأجرة كلها بخلاف غضب غيره لاستحقاق التسليم عليه، وأجاب عما قيل من استباحة البضع بدون عوض بأن العوض وجب لها بالعقد ثم وجب عليها ضمانه بسبب آخر فلم يخل العقد من عوض، كما يجب لها بالعقد على البائع ضمان ما تعلق به حق توفية بإتلافه قبل القبض ولم يخل البيع من ثمن والله أعلم.

ومنها: شهود الطلاق إذا رجعوا قبل الدخول فإنهم يغرمون نصف المهر، وإن رجعوا بعد الدخول فهل يغرمون المهر كله أم لا يغرمون شيئاً؟ على روايتين^(١)، مأخذهما تقويم البضع وعدمه. وعلى التفریم يغرمون المهر المسمى، وقيل: مهر المثل.

ومنها: امرأة المفقود إذا تزوجت بعد المدة المعتبرة ثم قدم زوجها المفقود فإنه يخير بين زوجته وبين المهر، فإن اختار المهر أخذ من الزوج الثاني المهر الذي أقبضه إياها أعني الأول، لأنه هو الذي استحقه على أصح الروايتين. وعلى الثانية يأخذ المهر الذي أعطاه الثاني، ويكُلُّ حال فهل يستقر ضمانه على الزوج الثاني أم يرجع به على المرأة؟ على روايتين:

(١) وعند الشافعية كذلك. التنبيه (١/٢٧٣).

أَحَدُهُمَا: يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهَا، لِأَنَّ الْفُرْقَةَ جَاءَتْ مِنْهَا فَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَيْهَا. وَالثَّانِي: لَا يَرْجِعُ بِهِ، لِأَنَّ الْمَرْأَةَ اسْتَحَقَّتْهُ بِالْإِصَابَةِ فَلَا يَجُوزُ أَخْذُهُ مِنْهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا طَلَّقَ رَجُلٌ امْرَأَةً ثُمَّ رَاجَعَهَا فِي الْعِدَّةِ وَأَشْهَدَ عَلَى الرَّجْعَةِ وَلَمْ تَعْلَمْ الْمَرْأَةُ حَتَّى انْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَتَزَوَّجَتْ وَدَخَلَ بِهَا الثَّانِي، وَقُلْنَا عَلَى رِوَايَةٍ: إِنَّ الثَّانِي أَحَقُّ بِهَا، فَهَلْ تَضْمَنُ الْمَرْأَةُ لِزَوْجِهَا الْمَهْرَ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَاخْتَارَ الْقَاضِي الضَّمَانَ، لِأَنَّ خُرُوجَ الْبُضْعِ مُتَقَوِّمٌ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ مِنْ أَهْلِ دَارِ الْحَرْبِ وَهَاجَرَتْ إِلَيْنَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا مُسْلِمٌ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَهَلْ يُلْزِمُهُ أَنْ يَرُدَّ عَلَى زَوْجِهَا الْكَافِرِ مَهْرَهَا الَّذِي أَمَّهَرَهَا لِأَيَّاهُ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ حَكَاهُمَا ابْنُ أَبِي مُوسَى، وَظَاهِرُ الْقُرْآنِ يَدُلُّ عَلَى وَجْهِهِ، لَكِنَّ أَكْثَرَ الْأَصْحَابِ عَلَى عَدَمِ الْوُجُوبِ، لِأَنَّ الْآيَةَ نَزَلَتْ فِي قِصَّةِ صَلَاحِ الْحُدَيْبِيَّةِ وَكَانَ الصَّلَاحُ قَدْ وَقَعَ عَلَى رَدِّ النِّسَاءِ قَبْلَ تَحْرِيمِهِ، فَلَمَّا حُرِّمَ الرَّدُّ بَعْدَ صِحَّةِ اشْتِرَاطِ وَجَبَ رَدُّ بَدَلِهِ وَهُوَ الْمَهْرُ، وَأَمَّا بَعْدَ ذَلِكَ فَلَا يَجُوزُ اشْتِرَاطُ رَدِّ النِّسَاءِ فَلَا يَصِحُّ اشْتِرَاطُ رَدِّ مُهْرِهِنَّ، لِأَنَّهُ شَرْطٌ مَالٌ لِلْكَفَّارِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ، وَمَنْ اخْتَارَ الْوُجُوبَ كَالشَّيْخِ تَقِيٍّ الدِّينِ مَنَعَ أَنْ يَكُونَ رَدُّ النِّسَاءِ مَشْرُوطًا فِي صَلَاحِ الْحُدَيْبِيَّةِ وَمَنَعَ عَدَمَ جَوَازِ شَرْطِ رَدِّ الْمَهْرِ، لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ مَشْرُوطًا مِنَ الطَّرَفَيْنِ.

وَمِنْهَا: خُلِعَ الْمُسْلِمُ زَوْجَتَهُ بِمُحَرَّمٍ يَعْلَمَانِ تَحْرِيمَهُ كَخَمْرِ أَوْ خِنْزِيرٍ، قَالَ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ: هُوَ كَالْخُلْعِ الْخَالِي عَنِ الْعَوَضِ فَإِذَا صَحَّحْنَاهُ لَمْ يُلْزَمِ الزَّوْجُ شَيْئًا بِخِلَافِ النِّكَاحِ عَلَى ذَلِكَ وَعِنْدَ الشَّيْخِ تَقِيٍّ الدِّينِ يَرْجِعُ إِلَى الْمَهْرِ كَالنِّكَاحِ، وَيَحْتَمَلُ كَلَامُ الْخُرَفِيِّ فِي خُلْعِ الْأَمَةِ عَلَى سِلْعَةٍ بِيَدِهَا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ وَيَتَّبِعُ بِقِيَمَتِهَا بَعْدَ الْعِتْقِ.

وَمِنْهَا: مُخَالَعَةُ الْأَبِ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ غَيْرُ جَائِزٍ وَأَنَّ الضَّمَانَ عَلَى الْأَبِ نَصًّا عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ، وَخَرَجَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ وَجْهًا بِجَوَازِهِ بِأَنَّ خُرُوجَ الْبُضْعِ مُتَقَوِّمٌ فَمَا بَدَّلَ مَالُهَا إِلَّا فِيمَا لَهُ قِيمَةٌ فَلَا يَكُونُ تَبَرُّعًا، وَخَرَجَهُ بَعْضُهُمْ مِنَ الرِّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ فِيهَا: أَنَّ لِلْأَبِ الْعَفْوَ عَنْ نِصْفِ الْمَهْرِ فِي الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ، وَذَكَرَ صَاحِبُ الْمَغْنِيِّ احْتِمَالًا فِي وَلِيِّ الصَّغِيرَةِ وَالسَّقِيَّةِ وَالْمَجْنُونَةِ مُطْلَقًا إِذَا رَأَى الْحَظَّ فِي ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ أَشَارَ إِلَيْهِ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ لِرَوْجَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ بِأَلْفٍ فَلَمْ يَقْبَلْ طَلَّقَتْ رَجْعِيًّا وَلَمْ يَلْزَمْهَا شَيْءٌ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي رِوَايَةٍ مُهَنْتًا، وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ بِأَلْفٍ فَلَمْ يَقْبَلْ لَمْ يَعْتَقُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ خُرُوجَ الْبُضْعِ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ بِخِلَافِ الْعَبْدِ فَإِنَّهُ مَالٌ مُحْضٌ وَخَرَجَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَجْهًا أَنَّهُ يَعْتَقُ الْعَبْدَ بِغَيْرِ شَيْءٍ كَمَا فِي الطَّلَاقِ، لِأَنَّ الطَّلَاقَ وَالْعَتَاقَ فِيهِمَا حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى وَلَيْسَ الْعَوْضُ بِرُكْنٍ فِيهِمَا إِذَا لَمْ يُعْلَقْهُمَا عَلَيْهِ بَلْ أَوْقَعَهُمَا مُنْجَزًا وَشَرَطَ فِيهِمَا الْعَوْضَ، فَإِذَا لَمْ يَلْتَزِمَا الْعَوْضَ لُغِي وَوَقَعَ الطَّلَاقُ وَالْعَتَقُ لِمَا فِيهِمَا مِنَ الْحَقِّ لِلَّهِ تَعَالَى الَّذِي لَا يُمْكِنُ إِبْطَالُهُ.

* * *

القاعدة الخامسة والخمسون بعد المائة:

يَتَقَرَّرُ الْمَهْرُ كُلُّهُ لِلْمَرْأَةِ بِأَحَدِ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ:

الْأَوَّلُ: الْوَطْءُ فَيَتَقَرَّرُ بِهِ الْمَهْرُ عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَأَمَّا مُقَدِّمَاتُهُ كَاللَّمْسِ لِلشَّهْوَةِ وَالنَّظَرِ إِلَى الْفَرْجِ أَوْ إِلَى جَسَدِهَا وَهِيَ عَارِيَّةٌ فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ أَلْحَقَهُ بِالْوَطْءِ وَجَعَلَهُ مُقَرَّرًا رِوَايَةً وَاحِدَةً، لِأَنَّهُ أَكَدُّ مِنَ الْخُلُوةِ الْمُجَرَّدَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ خَرَجَهُ عَلَى وَجْهَيْنِ أَوْ رِوَايَتَيْنِ مِنَ الْخِلَافِ فِي تَحْرِيمِ الْمُصَاهَرَةِ بِهِ. وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: إِنْ كَانَتْ عَادَتُهُ فَعَلُ ذَلِكَ فِي الْمَلِكِ اسْتَقَرَّ بِهِ الْمَهْرُ، لِأَنَّ ذَلِكَ خُلُوةٌ مِثْلُهُ وَإِلَّا فَلَا، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي رِوَايَةٍ مُهَنْتًا أَنَّهُ إِذَا تَعَمَّدَ النَّظَرَ إِلَيْهَا وَهِيَ عُرْيَانَةٌ تَغْتَسِلُ وَجَبَ لَهَا الْمَهْرُ.

وَالثَّانِي: الْخُلُوةُ مِمَّنْ يُمْكِنُ الْوَطْءُ بِمِثْلِهِ، فَإِنْ كَانَ ثُمَّ مَانَعَ إِمَّا حِسِّيًّا كَالْجَبِّ وَالرَّتْقِ أَوْ شَرْعِيًّا كَالْإِحْرَامِ وَالْحَيْضِ، فَهَلْ يَقَرَّرُ الْمَهْرُ؟ عَلَى طَرُقٍ لِلْأَصْحَابِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ مُطْلَقَتَيْنِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ وَصَاحِبِ الْمُحَرَّرِ وَكَذَا لِصَاحِبِ الْمُغْنِيِّ، إِلَّا أَنَّهُ أوردَ رِوَايَةً ثَالِثَةً بِالْعَوْضِ بَيْنَ الْمَانِعِ الْمُتَاكَّدِ شَرْعًا كَالْإِحْرَامِ وَصِيَامِ رَمَضَانَ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَمْنَعُ الدَّوَاعِي كَالْحَيْضِ وَالْجَبِّ وَالرَّتْقِ اسْتَقَرَّ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ. وَالثَّالِثَةُ: إِنْ كَانَتْ الْمَوَانِعُ بِالزَّوْاجِ اسْتَقَرَّ الصَّدَاقُ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَإِنْ كَانَتْ بِالزَّوْجَةِ فَهَلْ يَسْتَقَرُّ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ. وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ حَكَى رِوَايَةً أُخْرَى أَنَّهُ لَا يَسْتَقَرُّ الْمَهْرُ بِالْخُلُوةِ لِمُجَرَّدِهَا بِدُونِ الْوَطْءِ أَخَذًا مِمَّا رَوَى يَعْقُوبُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ إِذَا خَلَا بِهَا وَقَالَ: لَمْ أَطَاهَا وَصَدَّقْتَهُ إِنْ لَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ، وَانْكَرَ الْأَكْثَرُونَ هَذِهِ الرِّوَايَةَ وَحَمَلُوا

رَوَايَةٌ يَقُوبُ هَذِهِ عَلَى وَجْهِ آخَرٍ وَهُوَ أَنَّ الْخُلُوءَ إِنَّمَا قُرِّرَ الْمَهْرُ، لِأَنَّهُ مِثْلُ الْوَطْءِ الْمَقْرَرِ فَقَامَتْ مَقَامُهُ فِي التَّحْقِيرِ، لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْوَطْءِ لَا يُطْلَعُ عَلَيْهِ غَالِبًا فَعَلَّقَ الْحُكْمَ عَلَى مِثْلِيَّتِهِ، فَإِذَا تَصَادَقَ الزَّوْجَانِ عَلَى انْتِفَاءِ الْحَقِيقَةِ الَّتِي هِيَ الْوَطْءُ لَمْ يَقْبَلْ ذَلِكَ فِي إِسْقَاطِ الْعِدَّةِ، لِأَنَّ فِيهَا حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى، وَهَلْ يَقْبَلُ فِي سَقُوطِ نِصْفِ الْمَهْرِ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ، نَقَلَ ابْنُ بُخْتَانَ قَوْلَهُ، لِأَنَّهُ حَقٌّ مُحْضٌ لِلزَّوْجَةِ، وَقَدْ أَقْرَتْ بِسَقُوطِهِ، وَنَقَلَ الْأَكْثَرُونَ عَدَمَ قَبُولِهِ لِمِلَازِمَتِهِ لِلْعِدَّةِ وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى أَنَّ الْخُلُوءَ مُقَرَّرٌ لِمِثْلَةِ الْوَطْءِ، وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: إِنَّمَا قُرِّرَ لِحُصُولِ التَّمَكِينِ بِهَا وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي، وَرَدَّهَا ابْنُ عَقِيلٍ بِأَنَّ الْخُلُوءَ مَعَ الْجَبِّ لَا تَمَكِينَ بِهَا، قَالَ: وَلَكِنَّمَا قُرِّرَ لِأَحَدِ أَمْرَيْنِ إِمَّا لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ وَهُوَ حُجَّةٌ، أَوْ لِأَنَّ طَلَاقَهَا بَعْدَ الْخُلُوءِ بِهَا وَرَدَّهَا زَهْدًا فِيهَا، فَفِيهِ ابْتِدَالٌ وَكَسْرٌ لَهَا، فَوَجَبَ جَبْرُهُ بِالْمَهْرِ، وَقِيلَ: بَلِ الْمَقْرَرُ هُوَ اسْتِبَاحَةُ مَا لَا يُسْتَبَاحُ إِلَّا بِالنِّكَاحِ مِنَ الْمَرْأَةِ فَدَخَلَ فِي ذَلِكَ الْخُلُوءُ وَاللَّمْسُ بِمُجَرَّدِهِمَا، لِأَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ فِي النِّكَاحِ، وَالْمَهْرُ يَسْتَقِرُّ بِنَيْلِ بَعْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَا يَقِفُ عَلَى نَيْلِ جَمِيعِهِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ كَلَامُ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ حَرْبٍ، قِيلَ لَهُ: فَإِنْ أَخَذَهَا وَعِنْدَهَا نِسْوَةٌ فَمَسَّهَا وَقَبَضَ عَلَيْهَا وَنَحْوُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَخْلُوَ بِهَا؟ قَالَ: إِذَا نَالَ مِنْهَا شَيْئًا لَا يَحِلُّ لِغَيْرِهِ فَعَلَيْهِ الْمَهْرُ. وَعَلَى هَذَا فَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: يَتَوَجَّهُ أَنْ يَسْتَقِرَّ الْمَهْرُ بِالْخُلُوءِ وَإِنْ مَنَعَهُ الْوَطْءُ، بِخِلَافِ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ وَالْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ.

الْمَقْرَرُ الثَّلَاثُ: الْمَوْتُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَقِيلَ: الْفُرْقَةُ، وَإِنْ طَلَّقَهَا فِي الْمَرَضِ ثُمَّ مَاتَ فِيهِ فَهَلْ يَسْتَقِرُّ لَهَا الْمَهْرُ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ بِنَاءً عَلَى تَوَرِثِهَا مِنْهُ وَعَدَمِهِ، وَيَتَقَرَّرُ بِأَمْرِ رَابِعٍ وَهُوَ بَقَاءُ عُدَّتِهَا بِدَفْعِهَا، عَلَى رَوَايَةٍ خَرَجَهَا صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ وَقَدْ سَبَقَتْ.

* * *

القاعدة السادسة والخمسون بعد المائة:

فِيمَا يَنْتَصِفُ بِهِ الْمَهْرُ قَبْلَ اسْتِقْرَارِهِ وَمَا يَسْقُطُ بِهِ الْفُرْقَةُ قَبْلَ الدُّخُولِ إِنْ كَانَتْ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ وَحْدَهُ أَوْ مِنْ جِهَةِ أَجْنَبِيٍّ وَحْدَهُ تُنْصَفُ بِهَا الْمَهْرُ الْمُسَمَّى، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجَةِ وَحْدَهَا سَقَطَ بِهَا الْمَهْرُ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجَيْنِ مَعًا أَوْ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجَةِ مَعَ أَجْنَبِيٍّ فَقَبْلَ تَنْصِفِ الْمَهْرِ وَسَقُوطِهِ رَوَايَتَانِ، فَهَذِهِ خَمْسَةُ أَقْسَامٍ:

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ مَا اسْتَقْلَلَ بِهِ الزَّوْجُ وَلَهُ صَوْرٌ:

مِنْهَا: طَلَاقُهُ وَسَوَاءٌ كَانَ مُنْجِزًا أَوْ مُتَعَلِّقًا بِصِفَةٍ وَسَوَاءٌ كَانَتْ الصِّفَةُ مِنْ فِعْلِهَا أَوْ لَمْ

تَكُنْ، كَذَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ، قَالُوا: لَأَنَّ السَّبَبَ كَانَ مِنْهُ وَهُوَ الطَّلَاقُ وَإِنَّمَا حَقِيقَتُهُ لَوْجُودِ شَرْطِهِ وَالْحُكْمُ إِنَّمَا يُضَافُ إِلَى صَاحِبِ السَّبَبِ. وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: إِنْ كَانَتْ الصِّفَةُ مِنْ فِعْلِهَا الَّذِي لَهَا مِنْهُ بَدْءٌ فَلَا مَهْرَ لَهَا، وَيُمْكِنُ تَخْرِيجُ ذَلِكَ مِنْ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي الْمَرِيضِ إِذَا عُلِقَ طَلَاقُ امْرَأَتِهِ عَلَى مَا لَهَا مِنْهُ بَدْءٌ فَفَعَلَتْهُ فَإِنَّ فِي إِرْثِهَا رَوَايَتَيْنِ، وَيَشْهَدُ لِذَلِكَ مَسْأَلَةُ التَّخْيِيرِ فَإِنَّهُ لَوْ خَيْرَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهَلْ يَسْقُطُ مَهْرُهَا أَوْ يَتَصِفُ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ حَكَاهُمَا ابْنُ أَبِي مُوسَى وَالتَّخْيِيرُ تَوْكِيلٌ مُحَضَّرٌ وَالتَّعْلِيْقُ بِفِعْلِهَا فِي مَعْنَاهُ، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا مَهْرَ لِلْمُخَيَّرَةِ، قَالَ مُهَنَّأٌ: سَأَلْتُ أَحْمَدَ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَبَتْ مِنْهُ الْخِيَارَ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا وَلَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا، لَهَا عَلَيْهِ نِصْفُ الصَّدَاقِ، قَالَ فِي قَلْبِي مِنْهَا شَيْءٌ، ثُمَّ قَالَ: لَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ لَهَا شَيْءٌ، قُلْتُ: إِنِّي سَأَلْتُ غَيْرَ وَاحِدٍ قَالَ: يَكُونُ لَهَا عَلَيْهِ نِصْفُ الصَّدَاقِ. فَقَالَ لِي: فَإِنْ أَسْلَمْتَ امْرَأَةً مَجُوسِيَّةً وَأَبَى زَوْجُهَا أَنْ يُسَلِّمَ يَكُونُ لَهَا عَلَيْهِ صَدَاقُهَا؟ قَالَ: فِي هَذَا يَدْخُلُ عَلَيْهِمْ انْتِهَى.

وَمِنْهَا: خُلْعُهُ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ مُهَنَّأٌ أَنَّهُ يُوجِبُ نِصْفَ الْمَهْرِ وَعَلَّلَهُ الْقَاضِي بِأَنَّ الْخُلْعَ يَسْتَقِلُّ بِهِ الزَّوْجُ، لِأَنَّهُ يَصِحُّ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ بِدُونِ رِضَى الْمَرْأَةِ فَلِذَلِكَ نُسِبَ إِلَيْهِ. وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَسْقُطُ بِهِ الْمَهْرُ، فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ خَرَجَهُ عَلَى أَنَّهُ فَسُخٌ فَيَكُونُ كَسَائِرِ الْفُسُوحِ مِنَ الزَّوْجِ وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ مِمَّا يَشْتَرِكُ بِهِ الزَّوْجَانِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ بِسُؤَالِ الْمَرْأَةِ فَتَكُونُ الْفُرْقَةُ فِيهِ مِنْ قَبْلِهَا، وَلِذَلِكَ يَسْقُطُ إِرْثُهَا بِالْخُلْعِ فِي الْمَرَضِ، وَهَذَا عَلَى قَوْلِنَا لَا يَصِحُّ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ أَظْهَرَ. فَأَمَّا إِنْ وَقَعَ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ وَصَحَّحْنَاهُ فَيَنْبَغِي أَنْ يَتَصِفَ بِهِ الْمَهْرُ وَجْهًا وَاحِدًا.

وَمِنْهَا: إِسْلَامُهُ وَالزَّوْجَةُ غَيْرُ كِتَابِيَّةٍ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ، وَفِي الْأُخْرَى يَسْقُطُ الْمَهْرُ، لِأَنَّهُ فَعَلَ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بِامْتِنَاعِهَا مِنَ الْإِسْلَامِ فَلَا يَكُونُ لَهَا مَهْرٌ.

وَمِنْهَا: رَدُّهُ عَنِ الْإِسْلَامِ.

وَمِنْهَا: إِفْرَارُهُ بِالنِّسْبِ أَوْ بِالرِّضَاعِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْمُفْسِدَاتِ فَيَقْبَلُ مِنْهُ فِي انْفِسَاخِ النِّكَاحِ دُونَ سَقُوطِ النِّصْفِ.

وَمِنْهَا: أَنْ يَطَأَ أُمَّ زَوْجَتِهِ أَوْ ابْنَتَهَا بِشَبْهَةِ أَوْ زَنَّا فَيَنْفَسَخُ نِكَاحُ الْبِنْتِ وَيَجِبُ لَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ هَانِئٍ، وَيُسْتَشْنَى مِنْ هَذَا الْقِسْمِ الْفُسُوحُ الَّتِي يَمْلِكُهَا الزَّوْجُ لِضَرَرِ يَلْحَقُهُ إِمَّا لِظُهُورِ عَيْبٍ فِي الزَّوْجَةِ أَوْ فَوَاتِ شَرْطٍ فَيَسْقُطُ بِهَا الْمَهْرُ، لِأَنَّ حُكْمَ

الْفُسُخُ فِي الْعُقُودِ لِعَيْبٍ ظَهَرَ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ يَزَادُ لِلْعَوْضَيْنِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَقَدْ وَجِدَ ذَلِكَ قَبْلَ تَمَكُّنِهِ مِنْ قَبْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَاسْتَيْفَائِهِ، وَإِنَّمَا اسْتَحَقَّتْ نِصْفُ الْمَهْرِ فِي الصَّدَاقِ وَمَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ جَبْرًا لَهَا حَيْثُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مُوجِبٌ مِنْ جِهَتِهَا، وَهُنَا قَدْ وَجِدَ سَبَبٌ مِنْ جِهَتِهَا فَصَارَ كَالْمَنْسُوبِ إِلَيْهَا.

الْقِسْمُ الثَّانِي مَا اسْتَقَلَّ بِهِ الْأَجَنِبِيُّ وَحْدَهُ. وَمِنْ صُورِ ذَلِكَ:

أَنْ تُرْضِعَ زَوْجَتَهُ الْكُبْرَى زَوْجَتَهُ الصَّغْرَى.

وَمِنْهَا: أَنْ يُكْرِهَ رَجُلٌ زَوْجَةً أَبِيهِ أَوْ ابْنِهِ عَلَى الْوَطْءِ قَبْلَ الدُّخُولِ.

الْقِسْمُ الثَّلَاثُ: مَا اسْتَقَلَّتْ بِهِ الزَّوْجَةُ وَحْدَهَا وَلَهُ صُورٌ:

مِنْهَا: رَدُّهَا.

وَمِنْهَا: إِسْلَامُهَا، فِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّ لَهَا نِصْفَ الْمَهْرِ، لِأَنَّهَا فَعَلَتْ الْوَاجِبَ عَلَيْهَا فَتُسَبِّبُ الْفُسْخَ إِلَى امْتِنَاعِ الزَّوْجِ.

وَمِنْهَا: إِرْضَاعُهَا مِمَّنْ يَثْبُتُ بِهِ الْمَحْرَمِيَّةُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الزَّوْجِ، وَكَذَلِكَ ارْتِضَاعُهَا مِنْهَا وَهِيَ صَغِيرَةٌ.

وَمِنْهَا: فَسْخُهَا النَّكَاحَ لِعَيْبِ الزَّوْجِ، قَالَ الْأَصْحَابُ: هُوَ مَنْسُوبٌ إِلَيْهَا لَا إِلَيْهِ فَسَقَطَ الْمَهْرُ أَيْضًا لِذَلِكَ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمَا بِأَنْ فَسْخَهُ لِعَيْبِهَا رَدٌّ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ فَلَا يُنْسَبُ إِلَّا إِلَى مَنْ دَلَّسَ الْعَيْبَ، بِخِلَافِ فَسْخِهَا لِعَيْبِهِ فَإِنَّ الْعَيْبَ لَيْسَ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بَلْ فِي غَيْرِهِ فَقَدْ امْتَنَعَتْ مِنْ تَسْلِيمِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ مَعَ سَلَامَةِ الْعَوْضَيْنِ لِضَرَرِ دَخَلِ، فَلِذَلِكَ تُسَبِّبُ الْفُسْخَ إِلَى الْإِزَالَةِ بِرَجْعٍ إِلَى أَنَّ الزَّوْجَ غَيْرَ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ فِي النَّكَاحِ وَفِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ ذِكْرُهُ، وَالْأَظْهَرُ فِي الْفَرْقِ أَنَّ يُقَالُ: الْفُسْخُ الشَّرْعِيُّ الَّتِي يَمْلِكُهَا كُلُّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الْآخَرِ إِنَّمَا شُرِعَتْ لِإِزَالَةِ ضَرَرٍ حَاصِلٍ فَإِذَا وَقَعَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ فَقَدْ رَجَعَ كُلُّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الْآخَرِ إِلَى مَا بَدَلَهُ سَلِيمًا كَمَا خَرَجَ فَلَا حَقَّ لَهُ فِي غَيْرِهِ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ مِنْ مُوجِبَاتِ الْفُرْقَةِ بِغَيْرِ ضَرَرٍ ظَاهِرٍ فَإِنَّهُ يَحْصُلُ بِهِ لِلْمَرْأَةِ انْكِسَارٌ وَضَرَرٌ فَجَبَرَهُ الشَّارِعُ بِإِعْطَائِهَا نِصْفَ الْمَهْرِ عِنْدَ تَسْمِيَةِ الْمَهْرِ وَالْمُتْعَةِ عِنْدَ فَقْدِ التَّسْمِيَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَنَقَلَ مُهْنًا عَنْ أَحْمَدَ فِي مَجْبُوبِ زَوْجٍ امْرَأَةٍ فَلَمَّا دَخَلَ عَلَيْهَا لَمْ تَرْضَ بِهِ، لَهَا ذَلِكَ وَعَلَيْهِ نِصْفُ الصَّدَاقِ إِذَا لَمْ تَرْضَ بِهِ. قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: هَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا فَسَخَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ، لِأَنَّ سَبَبَ الْفُسْخِ هُوَ الْعَيْبُ مِنْ جِهَتِهِ وَهِيَ

مَعْدُورَةٌ فِي الْفَسْخِ، وَأَمَّا الْقَاضِي فَقَالَ: قَدْ وَجِدَ الدُّخُولُ وَإِنَّمَا لَمْ يُقَرَّرِ الْمَهْرُ كُلُّهُ لِلْمَانِعِ الْقَائِمِ بِهِ.

وَمِنْهَا: فَسْخُهَا النِّكَاحَ لِإِعْسَارِ الزَّوْجِ بِالْمَهْرِ أَوْ التَّقَفَّةِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ كَالْفَسْخِ لِفَوَاتِ شَرْطٍ صَحِيحٍ، قَالَ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ: هُوَ مَنْسُوبٌ إِلَيْهَا فَيَسْقُطُ بِهِ مَهْرُهَا كَمَا فِي الْفَسْخِ لِعَيْبِ الزَّوْجِ، وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ: فَسْخُهَا لِفَوَاتِ الشَّرْطِ يَجِبُ لَهَا بِهِ نِصْفُ الشَّرْطِ، لِأَنَّ فَوَاتِ الشَّرْطِ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ فَتُسَبِّبُ الْفَسْخَ بِهِ إِلَيْهِ دُونَهَا، وَقِيَاسُهُ الْفَسْخَ بِمَنْعِ التَّقَفَّةِ وَنَحْوِهَا مِمَّا هُوَ مِنْ فِعْلِ الزَّوْجِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى إِزَالَتِهِ، وَأَمَّا الْفَسْخُ لِعُسْرَتِهِ فَهُوَ كَالْفَسْخِ لِعَيْبِهِ كَمَا تَقَدَّمَ، قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: وَيَلْزَمُ مَنْ قَالَ: إِنَّ خُرُوجَ الْبُضْعِ مُتَقَوِّمٌ بِمَهْرِ الْمِثْلِ وَإِنَّ الْفُرْقَةَ مِنْ جِهَتِهَا كَثَلَاغٍ الْبَائِعِ لِلْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ أَنْ يُخَيَّرَ الزَّوْجُ بَيْنَ مَطَالَبَتِهَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ وَضَمَانِ الْمُسَمَّى لَهَا وَبَيْنَ إسْقَاطِ الْمُسَمَّى.

وَمِنْهَا: فَسْخُ الْمُعْتَقَةِ تَحْتَ عَبْدٍ قَبْلَ الدُّخُولِ وَفِيهِ رَوَايَتَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا مَهْرَ لَهَا اخْتَارَهَا الْخُرْقِيُّ وَغَيْرُهُ لَاسْتِقْلَالِهَا بِالْفَسْخِ كَالْحُرَّةِ.

وَالثَّانِيَةُ: يَنْتَصِفُ الْمَهْرُ نَقْلَهَا مُهَنَّا وَاخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ، لِأَنَّ السَّيِّدَ هُوَ مُسْتَحِقُّ الْمَهْرِ فَلَا يَسْقُطُ بِفَسْخِ غَيْرِهِ، وَيَجَابُ عَنْهُ بِأَنْ إِعْتِاقَ السَّيِّدِ لِسَبَبٍ فِي الْفَسْخِ يُسْقِطُ حَقَّهُ لَتَسْيِيهِ فِي سَقُوطِهِ. وَإِنْ بَاشَرَهُ غَيْرُهُ، كَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: أَلْقِ مَتَاعِي فِي الْبَحْرِ فَفَعَلَ.

الْقِسْمُ الرَّابِعُ: مَا اشْتَرَكَ فِيهِ الزَّوْجَانِ وَلَهُ صَوْرَتَانِ:

مِنْهَا: لِعَانُهَا فَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ أَنَّ فُرْقَةَ اللَّعَانِ جَاءَتْ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجَةِ، لِأَنَّ الْفُرْقَةَ إِنَّمَا تَقَعُ بِلِعَانِهَا. وَقَالَ الْقَاضِي: يُخْرَجُ عَلَى رَوَايَتَيْنِ أَصْلُهُمَا إِذَا لَاعَنَهَا فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ فَهَلْ تَرْتُهُ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: أَنْ يُخَالَعَهَا وَقَدْ سَبَقَ أَنَّ الْمَنْصُوصَ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ لَهَا نِصْفَ الصَّدَاقِ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ، وَلَئِنْ لَنَا فِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ أَنَّهُ يَسْقُطُ الْمَهْرُ كُلُّهُ إِذَا قُلْنَا: هُوَ فَسْخٌ فَإِنَّهُ يَكُونُ مَنْسُوبًا إِلَيْهَا، فَيَكُونُ كَالْتَّلَاعِنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ طَلَاقٌ فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَسْقُطُ بِهِ الزَّوْجُ فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ لَهَا ابْتِدَاءً أَنْتِ طَالِقٌ بِأَلْفِ فَقَبْلَتُهُ، وَيَتَخَرَّجُ لَنَا وَجْهٌ آخَرٌ أَنَّهُ يَسْقُطُ بِهِ الْمَهْرُ، وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ طَلَاقٌ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ جَاءَ مِنْ قِبَلِهَا بِسُؤَالِهَا وَلِهَذَا كَانَ لَنَا فِيمَنْ خَالَعَتْ زَوْجَهَا فِي مَرَضِهِ هَلْ تَرْتُهُ أَوْ لَا؟ رَوَايَتَانِ. وَجَزَمَ أَبُو بَكْرٍ مُوسَى أَنَّهَا لَا تَرْتُهُ، لِأَنَّ الْفُرْقَةَ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِهَا فَلَا يَكُونُ لَهَا شَيْءٌ مِنَ الصَّدَاقِ حِينَئِذٍ، يُؤَيِّدُ هَذَا أَنَّ الْخُلْعَ يَسْقُطُ حُقُوقَ الزَّوْجِيَّةِ كُلِّهَا

فِي إِحْدَى الرَّوَائِيَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ وَنَصَفَ الْمَهْرَ مِنَ الْحُقُوقِ فَيَسْقُطُ عَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ.
الْقِسْمُ الْخَامِسُ: مَا كَانَ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجَةِ مَعَ أَجْنَبِيٍّ وَلَهُ صُورٌ:

مِنْهَا: شِرَاؤُهَا لِلزَّوْجِ وَفِيهِ وَجْهَانِ أَشْهَرُهُمَا وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ أَنَّهُ يَتَنَصَّفُ بِهَا الْمَهْرُ تَغْلِيًّا لِجِهَةِ الْأَجْنَبِيِّ هُنَا وَهُوَ الْبَائِعُ، إِذْ هُوَ أَصْلُ الْعَقْدِ وَمِنْهُ نَشَأَ وَعَنْهُ تَلَقَّى. وَالثَّانِي: يَسْقُطُ الْمَهْرُ تَغْلِيًّا لِجِهَةِ الزَّوْجَةِ إِذَا الْإِنْفِسَاخُ مُتَعَقَّبٌ لِقَبُولِهَا، فَأَمَّا شِرَاءُ الزَّوْجِ لِزَوْجَتِهِ فَهَلْ يَتَنَصَّفُ بِهِ الْمَهْرُ أَوْ يَسْقُطُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ أَيْضًا، وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ أَنَّهُ يَسْقُطُ تَغْلِيًّا لِجِهَةِ الْبَائِعِ هُنَا أَيْضًا وَهُوَ سَيِّدُ الْأَمَةِ الْمُسْتَحَقُّ لِمَهْرِهَا فَهُوَ كَمَجِيءِ الْفَسْخِ مِنَ الْحُرَّةِ الْمُسْتَحَقَّةِ لِلْمَهْرِ، وَهَذَا مُتَّجِهٌ عَلَى مَا اخْتَارَهُ فِي فُسْخِ الْمُعْتَقَةِ تَحْتَ عَبْدٍ، فَعَلَى هَذَا لَوْ بَاعَهَا السَّيِّدُ الَّذِي زَوَّجَهَا لِأَجْنَبِيٍّ ثُمَّ بَاعَهَا الْأَجْنَبِيُّ لِلزَّوْجِ قَبْلَ الدُّخُولِ لَمْ يَسْقُطْ، لِأَنَّ الْفُرْقَةَ جَاءَتْ مِنَ الْبَائِعِ الثَّانِي وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ لِلْمَهْرِ. هَذَا كَلَامُ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ، وَعَلَّلَ صَاحِبُ الْكَافِي سَقُوطَ الْمَهْرِ بِأَنَّ الزَّوْجَةَ شَارَكَتْهُ فِي الْفُسْخِ فَسَقَطَ مَهْرُهَا كَالْفُسْخِ بِعَيْبٍ، وَمَعْنَى هَذَا أَنَّ كَوْنَهَا أَمَةً صِفَةً لَهَا ثَابِتَةٌ بَعْدَ مِلْكِ الزَّوْجِ وَذَلِكَ يُوجِبُ الْفُسْخَ فَأُسْتَدِلَّ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِاخْتِيَارِهَا، كَمَا اسْتَدَدَ فَسْخُهَا لِعَيْبِ الزَّوْجِ إِلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِاخْتِيَارِهِ. وَعَلَى هَذَا فَلَا فَرْقَ بَيْنَ شِرَائِهَا مِنْ مُسْتَحَقٍّ مَهْرًا وَغَيْرِهَا، وَهُوَ مُقْتَضَى إِطْلَاقِ الْأَكْثَرِينَ.

وَمِنْهَا: إِذَا مَكَّنْتَ الزَّوْجَةَ مِنْ نَفْسِهَا مِنْ يَتَفَسَّخُ النِّكَاحُ بِوَطْنِهِ كَأَبِ الزَّوْجِ أَوْ ابْنِهِ فَقَالَ الْقَاضِي وَمَنْ أَتَّبَعَهُ: يَسْقُطُ مَهْرُهَا إِسْنَادًا لِلْفُسْخِ إِلَيْهَا. وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: يَتَخَرَّجُ عَلَى وَجْهَيْنِ، لِأَنَّ الْفُرْقَةَ مِنْهَا وَمِنْ الْأَجْنَبِيِّ.

وَبَقِيَ هُنَا قِسْمٌ سَادِسٌ: وَهِيَ الْفُرْقَةُ الْإِجْبَارِيَّةُ وَلَهَا صُورٌ:

مِنْهَا: أَنْ يُسْلِمَ الْكَافِرُ وَتَحْتَهُ عَدَدٌ لَا يَجُوزُ لَهُ جَمْعُهُ فِي الْإِسْلَامِ فَيَتَفَسَّخُ نِكَاحُ الْعَدَدِ الزَّائِدِ فَلَا يَجِبُ لَهُنَّ شَيْءٌ مِنَ الْمَهْرِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ وَالْخِلَافُ مُعْلَلًا بِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ إِمْسَاكِهِنَّ فَهُوَ كَالنِّكَاحِ الْفَاسِدِ، وَجَزَمَ بِهِ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ وَالْمُحَرَّرُ، وَيَتَخَرَّجُ لَنَا وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَجِبُ تَنَصُّفُ الْمَهْرِ مِنَ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي بَعْدَهَا.

وَأَمَّا الطَّلَاقُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ فَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ وَجْهًا أَنَّ الْمَهْرَ يَتَنَصَّفُ بِهِ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَعَلَى الْمَشْهُورِ فَإِنَّمَا يَسْقُطُ، لِأَنَّ الْمَهْرَ يَجِبُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ بِالْإِصَابَةِ لَا بِالْعَقْدِ بِخِلَافِ الصَّحِيحِ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدَيْنِ وَأَشْكَلَ السَّابِقُ وَأَمَرْنَاهُ بِالطَّلَاقِ فَطَلَّقَهَا فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ:

يَتَوَجَّهُ فِي الْمَهْرِ قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: يَجِبُ نِصْفُ الْمَهْرِ ثُمَّ يَقْتَرَعَانِ فَمَنْ وَقَعَتْ عَلَيْهَا الْقُرْعَةُ حُكِمَ لَهَا بِهِ، لِأَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ لِإِحْدَاهُمَا فِي نَفْسِ الْأَمْرِ فَتَعَيَّنَ بِالْقُرْعَةِ، وَالثَّانِي: لَا يَجِبُ شَيْءٌ بِهِ لِأَنَّهُ مُكْرَهُ عَلَى الطَّلَاقِ فَكَأَنَّ الْفَسْخَ جَاءَ مِنْ جِهَةِ الْمَرْأَةِ فَلَا تَسْتَحِقُّ شَيْئًا. وَالْمَقُولُ عَنْ أَحْمَدَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَا نَقَلَهُ عَنْهُ مَعْنَاهُ أَنَّهُ قَالَ: يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا وَقَدْ قِيلَ: يَكُونُ نِصْفُ الْمَهْرِ لَهُمَا جَمِيعًا، وَمَا أَخْلَقَهُ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ وَلَكِنْ لَمْ أَسْمَعْ فِيهِ شَيْئًا وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمَا يَقْتَسِمَانِ نِصْفَ الْمَهْرِ لَا يَقْتَرَعَانِ عَلَيْهِ.

وَلَوْ زَوَّجَ الْوَلَيَّانِ امْرَأَةً مِنْ زَوْجَيْنِ وَجَهَلَ السَّابِقُ مِنْهُمَا وَأَمْرَاهُمَا بِالطَّلَاقِ فَهَلْ يَجِبُ لَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ عَلَى أَحَدِهِمَا وَيُعَيَّنُ بِالْقُرْعَةِ أَمْ لَا يَجِبُ لَهَا شَيْءٌ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَحَكَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُ اخْتَارَ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهَا وَبِهِ أَتَى أَبُو يَعْلَى النَّجَّادُ قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: وَيَتَخَرَّجُ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ مَا إِذَا وَرِثَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا فَإِنَّ الْفُرْقَةَ هَاهُنَا بِفِعْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَهُوَ كَاشِتِبَاهِ الزَّوْجِ.

* * *

القاعدة السابعة والخمسون بعد المائة:

إِذَا تَغَيَّرَ حَالُ الْمَرْأَةِ الَّتِي فِي الْعِدَّةِ بِانْتِقَالِهَا مِنْ رُقٍّ إِلَى حُرِّيَّةٍ أَوْ طَرَأَ عَلَيْهَا سَبَبٌ مُوجِبٌ لِعِدَّةٍ أُخْرَى مِنَ الزَّوْجِ كَوَفَاتِهِ فَهَلْ يَلْزِمُهَا الْإِنْتِقَالُ إِلَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ أَوْ إِلَى عِدَّةِ حُرِّيَّةٍ؟ إِنْ كَانَ زَوْجُهَا مُتِمِّكًا مِنْ تَلَافِي نِكَاحِهَا فِي الْعِدَّةِ لَزِمَهَا الْإِنْتِقَالُ وَإِلَّا فَلَا، إِلَّا مَا يُسْتَنَى مِنْ ذَلِكَ مِنَ الْإِبَانَةِ فِي الْمَرِيضِ. وَيَتَخَرَّجُ عَلَى هَذَا مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الرَّجْعِيَّةُ إِذَا أُعْتِقَتْ أَوْ تَوُفِّيَ زَوْجُهَا انْتَقَلَتْ إِلَى عِدَّةِ حُرَّةٍ أَوْ عِدَّةِ وَفَاةٍ. وَمِنْهَا: إِذَا كَانَتْ تَحْتَ عَبْدٍ مُشْرِكٍ أَوْ أَسْلَمَ وَأُعْتِقَتْ فَإِنَّ عِدَّتَهُنَّ عِدَّةُ حَرَائِرٍ، لِأَنَّهُ عَتَقَ فِي عِدَّةٍ يَتِمَكَّنُ الزَّوْجُ فِيهَا مِنَ الْإِسْتِدْرَاكِ بِالْإِسْلَامِ فَهِيَ فِي مَعْنَى عِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَسْلَمَ الْعَبْدُ ثُمَّ عَتَقَ الْإِمَاءَ وَهُنَّ عَلَى الشَّرْكِ فَإِنَّ عِدَّتَهُنَّ عِدَّةُ إِمَاءٍ، لِأَنَّ الزَّوْجَ لَا يُمْكِنُهُ تَلَافِي نِكَاحِهِنَّ.

وَمِنْهَا: الْمُرْتَدَّةُ إِذَا قُتِلَ فِي عِدَّةِ امْرَأَتِهِ فَإِنَّهَا تَسْتَأْنِفُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ نَصًّا عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ، لِأَنَّهُ كَانَ يُمْكِنُهُ تَلَافِي النِّكَاحِ بِالْإِسْلَامِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْفَسْخَ يَقِفُ عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ. وَمِنْهَا: لَوْ أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ وَهِيَ تَحْتَ كَافِرٍ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فَإِنَّهَا تَنْتَقِلُ إِلَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ فِي قِيَاسِ الَّتِي قَبْلَهَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ.

* * *

القاعدة الثامنة والخمسون بعد المائة:

إذا تعارض معنا أصلان عمل بالأرجح منهما لا عنضاده بما يرجحه، فإن تساويا خرج في المسألة وجهاً غالباً. من صور ذلك:

ما إذا وقع في الماء نجاسة وشك في بلوغه القلتين فهل يحكم بنجاسته أو طهارته على وجهين:

أحدهما: يحكم بنجاسته وهو المرجح عند صاحب المغني والمحرر، لأن الأصل عدم بلوغه قلتين. والثاني: هو طاهر وهو الأظهر، لأن الأصل في الماء الطهارة وأما أن أصله القلة فقد لا يكون كذلك، كما إذا كان كثيراً ثم نقص وشك في قدر الباقي منه، ويعضد هذا أن الأصل وجوب الطهارة بالماء فلا يعدل إلى التيمم إلا بعد تيقن عدمه، وأيضاً فللأصحاب خلاف في الماء الذي وقعت فيه النجاسة هل الأصل فيه أن ينجس إلا أن يبلغ حد الكثرة فلا ينجس لمسقة حفظ الكثير من النجاسة، أم الأصل فيه الطهارة إلا أن يكون يسيراً فينجس، لأن اليسير لا يكاد يحمل النجاسة عليه غالباً، فعلى الأول يجب الحكم بنجاسة هذا الماء وعلى الثاني يحكم بطهارته، وعلى هذين المأخذين يتخرج الخلاف في إثبات نصف القرية الذي روى الشك فيه في ضبط القلتين وإسقاطه، وينبغي على ذلك أن القلتين هل هما خمس قرب أو أربع، والله أعلم.

ومنها: ما إذا وقع في الماء اليسير روثه وشك هل هي من مأكول أو غيره؟ أو مات فيه حيوان وشك هل هو ذو نفس سائلة أم لا؟ وفيه وجهان:

أحدهما: أنه نجس، لأن الأصل في الأرواث والميتات النجاسة، وحيث قضى بطهارة شيء منها فرخصة على خلاف الأصل، ولم يتحقق وجود المرخص هاهنا فيبقى على الأصل.

والثاني: أنه طاهر وهو المرجح عند الأكثرين، لأن الأصل في الماء الطهارة فلا يزال عنها بالشك، وقد منع بعضهم أن الأصل في الأرواث النجاسة، ونص أحمد في رواية محمد بن أبي حبيب في رجل وطئ على روث لا يدرى لحمار أو بردون فرخص فيه إذا لم يعرفه.

ومنها: إذا قعد الدباب على نجاسة رطبة ثم سقط بالقرب على ثوب وشك في جفاف النجاسة ففيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ نَجِسٌ، لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الرُّطُوبَةِ نَقْلَهَا أَبُو بَكْرٍ عَنْ أَحْمَدَ. وَالثَّانِي: لَا يَنْجُسُ، لِأَنَّ الْأَصْلَ طَهَارَةُ الثُّوبِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَذْرَكَ الْإِمَامَ فِي الرُّكُوعِ فَكَبَّرَ وَرَكَعَ مَعَهُ وَشَكََّ هَلْ رَفَعَ إِمَامُهُ قَبْلَ رُكُوعِهِ أَوْ بَعْدَهُ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يُعْتَدُّ لَهُ بِتِلْكَ الرُّكْعَةِ، لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِدْرَاكِ وَهُوَ مَقُولٌ عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَقَالَ صَاحِبُ التَّلْخِيسِ: يُحْتَمَلُ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُعْتَدُّ لَهُ بِهَا، لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْإِمَامِ فِي الرُّكُوعِ.

وَمِنْهَا: إِذَا شَكََّ هَلْ تَرَكَ وَاجِبًا فِي الصَّلَاةِ فَهَلْ يَلْزَمُهُ السُّجُودُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: يَلْزَمُهُ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِتْيَانِ بِهِ. وَالثَّانِي: لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ لُزُومِ السُّجُودِ.

وَمِنْهَا: إِذَا كَانَ مَالُهُ غَائِبًا فَإِنْ كَانَ مُنْقَطِعًا خَبَرَهُ لَمْ يَجِبْ إِخْرَاجُ الزَّكَاةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ خَبَرٌ مُنْقَطِعًا كَالْمُودَعِ وَنَحْوِهِ فَفِي وَجُوبِ إِخْرَاجِ زَكَاتِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ وَجَهَان. وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةٍ مُهْمًا أَنَّهُ لَا يَجِبُ، وَعَلَّلَ بِأَنَّهُ لَا يَدْرِي لَعَلَّ الْمَالَ ذَهَبَ. وَيَبْنِي بَعْضُ الْأَصْحَابِ هَذَا عَلَى الْخِلَافِ فِي مَحَلِّ الزَّكَاةِ، فَإِنْ قُلْنَا: فِي الْعَيْنِ لَمْ يَجِبْ الْإِخْرَاجُ حَتَّى يَقْبُضَهَا وَيَتِمَّكَنَ مِنَ الْإِخْرَاجِ مِنْهَا، وَإِنْ قُلْنَا: فِي الذِّمَّةِ وَجِبَ الْإِخْرَاجُ مِنْ غَيْرِهَا. وَيَتَوَجَّهُ عِنْدِي أَنَّ أَذَيْتَكَ فِي وَجُوبِ الزَّكَاةِ فِي الْمَالِ الْمُنْقَطِعِ خَبَرُهُ وَجْهَانُ بِنَاءً عَلَى مَحَلِّ التَّعْلِيقِ، فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ الْعَيْنُ وَجِبَ، لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهَا، لَكِنْ لَا يَلْزَمُ تَسَاعَا الزَّكَاةِ حَتَّى يَقْبُضَ كَالَّذِينَ، وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ الذِّمَّةُ لَمْ يَجِبْ، لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ، وَقَدْ شَكََّ فِي اسْتِغَالِهَا، وَأَمَّا إِنْ قُلْنَا: لَا تَجِبُ الزَّكَاةُ فِي الْمَالِ الضَّالِّ وَالْمَغْصُوبِ فَهَذَا مِثْلُهُ.

وَمِنْهَا: الْعَبْدُ الْآبِقُ الْمُنْقَطِعُ خَبَرُهُ هَلْ تَجِبُ فِطْرَتُهُ أَمْ لَا؟ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةٍ صَالِحَةٍ أَنَّهُ لَا تَجِبُ، لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ وَالْفِطْرَةِ فِي الذِّمَّةِ وَيَخْرُجُ لَنَا وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَجِبُ بِنَاءً عَلَى جَوَازِ عِتْقِهِ، لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ.

وَمِنْهَا: جَوَازُ عِتْقِهِ فِي الْكُفَّارَةِ وَالْمَشْهُورُ عِلْمُهُ. وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ احْتِمَالًا بِالْإِجْزَاءِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي شَرْحِ الْخُرَقِيِّ وَجْهَيْنِ عَنِ الْأَصْحَابِ، وَصَحَّحَ عَدَمَ الْإِجْزَاءِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْكُفَّارَةِ فِي الذِّمَّةِ وَقَدْ عَصَدَهُ الظَّاهِرُ الدَّالُّ عَلَى هَلَاكِ الْعَبْدِ مِنْ انْقِطَاعِ خَبَرِهِ، فَرَجَّحَ هَذَا الْأَصْلَ بِاعْتِضَادِهِ بِهَذَا الظَّاهِرِ، وَأَيْضًا فَالْكُفَّارَةُ ثَابِتَةٌ فِي الذِّمَّةِ، وَقَدْ شَكََّ فِي وَقُوعِ الْعِتْقِ عَنْهَا فَلَا يَسْقُطُ بِمَجْرَدِ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: إِذَا ظَهَرَ بِالْمَبِيعِ عَيْبٌ وَاخْتَلَفَا هَلْ حَدَثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي أَوْ عِنْدَ الْبَائِعِ فَفِيهِ

روايتان.

أحدهما: القول قول البائع؛ لأن الأصل سلامة المبيع ولزوم البيع بالتفرق.
والثانية: القول قول المشتري؛ لأن الأصل عدم القبض المبرئ، وأطلق أكثر الأصحاب
هذا الخلاف وفرق بعضهم بين أن يكون المبيع عيناً معينة أو في الذمة، فإن كان في الذمة
فالقول قول القايض وجهاً واحداً؛ لأن الأصل اشتغال ذمة البائع فلم تثبت براءتها.
ومنها: من لزمه ضمان قيمة عين فوصفها بعيب ينقص القيمة وأنكر المستحق فهل يقبل
قوله في دعوى العيب؛ لأنه غارم، ولأصل إبراء ذمته، أو قول خصمه في إنكار العيب؛ لأن
الأصل عدمه؟ على وجهين.

ومنها: إذا أجره عبداً وسلمه إليه ثم ادعى المستأجر أن العبد أبق من يده وأنكر المؤجر
ففيه روايتان،

أحدهما: القول قول المؤجر نقلها حنبلي؛ لأن الأصل عدم الإباق، وأن المؤجر ملك
الأجرة كلها بالعقد. والثانية: القول قول المستأجر، نقلها ابن منصور؛ لأن الأصل عدم
تسليم المنفعة المعقود عليها، ولو ادعى أن العبد مرض فalcول قول المؤجر نص عليه في
رواية ابن منصور مرفقاً بينه وبين الإباق؛ لأن المرض يمكن إقامة البينة عليه بخلاف
الإباق.

ومنها: إذا ضرب للعنين الأجل واختلفاً في الإصابة والمرأة ثيب، فهل القول قول
الزوجة؛ لأن الأصل عدم الوطء أو قول الزوج؛ لأن الأصل عدم ثبوت الفسخ؟ على
روايتين. وعنه رواية ثالثة: أنه يخلى معها ويؤمر بإخراج مائه وهذا يرجع إلى ترجيح الظاهر
على الأصل.

ومنها: إذا شك الزوجان بعد الدخول فقال الزوج أسلمت في عديتك فالتكاح باق،
فألت بل أسلمت بعد انقضاء عديتي، فوجهان:

أحدهما: أن القول قوله؛ لأن الأصل بقاء النكاح. والثاني: القول قولها؛ لأن الأصل
عدم إسلامه في العدة.

ومنها: إذا قال: أسلمت قبلك فلا نفقة لك، وقالت: بل أسلمت قبلك فلي النفقة، ففيه
أيضاً وجهان:

أحدهما: القول قولها؛ لأن الأصل وجوب النفقة. والثاني: والقول قوله؛ لأن النفقة إنما

تَجِبُ بِالتَّمَكُّينِ مِنَ الاسْتِمْتَاعِ وَالْأَصْلُ عَدَمٌ وَجُودِهِ كَذَا ذَكَرَ صَاحِبُ الْكَافِي، وَعَلَّلَ الْقَاضِي أَنَّ التَّقَّةَ تَجِبُ يَوْمًا فَيَوْمًا فَالْأَصْلُ عَدَمٌ وَجُوبُهَا، وَيُسْتَقْصَى التَّعْلِيلَانِ بِالْاِخْتِلَافِ فِي الشُّشُورِ.

وَمِنْهَا: إِذَا عَلِقَ الطَّلَاقُ عَلَى عَدَمِ شَيْءٍ وَشَكٌّ فِي وَجُودِهِ، فَهَلْ يَقَعُ الطَّلَاقُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَقَعُ وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ وَعَدَمُ وَقُوعِ الطَّلَاقِ. وَالثَّانِي: يَقَعُ، وَنَقَلَ مُهْنًا عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ فِيمَنْ حَلَفَ لِيَأْكُلَنَّ تَمْرَةً فَاخْتَلَطَتْ فِي تَمَرٍ كَثِيرٍ إِنْ لَمْ يَأْكُلْهُ كُلُّهُ حَيْثُ، وَبِذَلِكَ جَزَمَ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَالشَّيْرَازِيُّ وَالسَّامِرِيُّ وَرَجَّحَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُتُوهِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ وَجُودُ شَرْطِ الطَّلَاقِ وَهُوَ الْعَدَمُ، وَهُوَ بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَمَرَّ الشَّكُّ وَلَمْ يُوْجَدْ مَا يَدُلُّ عَلَى بَقَاءِ الْعَدَمِ وَلَا عَلَى انْتِفَائِهِ، فَإِنْ وُجِدَ مَا يَدُلُّ عَلَى بَقَائِهِ يَقِينًا وَقَعَ الطَّلَاقُ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنْ وُجِدَ مَا يَدُلُّ عَلَى بَقَائِهِ ظَاهِرًا وَكَانَ حُجَّةً شَرْعِيَّةً يَجِبُ قَبُولُهَا فَكَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ أَمَارَةً مُحْضَةً وَقَعَ أَيْضًا عَلَى الْمَشْهُورِ، وَإِنْ وُجِدَ مَا يَدُلُّ عَلَى انْتِفَاءِ الْعَدَمِ يَقِينًا لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنْ وُجِدَ مَا يَدُلُّ عَلَى انْتِفَائِهِ ظَاهِرًا فَوَجَّهَانِ عَلَى قَوْلِنَا بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ مَعَ اسْتِمْرَارِ الشَّكِّ الْمُسَاوِي الْمَطْلُوقِ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَتَلَ مَنْ لَا يَعْرِفُ ثُمَّ ادَّعَى رَقَّةً أَوْ كُفْرَهُ وَأَنْكَرَ الْوَلِيَّ ذَلِكَ فَهَلْ يَقْبَلُ قَوْلُهُ؟ لِأَنَّ الْأَصْلَ عِصْمَةُ دَمِهِ أَوْ قَوْلُ الْوَلِيِّ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْقَتْلِ إِجْبَابُ الْفِصَاصِ إِلَّا أَنْ يَمْنَعَ مَانِعٌ وَلَمْ يَتَحَقَّقْ وَجُودُ الْمَانِعِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ أَشْهُرُهُمَا الثَّانِي، وَحَكَى الْأَوَّلَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ، وَكَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا جَنَى عَلَى عَضْوٍ ثُمَّ ادَّعَى شَلْلَهُ، فَأَنْكَرَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ لَكِنْ الْمَحْكِي هَاهُنَا عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُنْكَرِ، وَكَذَلِكَ الْوَجَّهَانِ فِيمَا إِذَا قَدْ مَلَفُوقًا نِصْفَيْنِ ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ كَانَ مَيِّتًا فَأَنْكَرَ الْوَلِيَّ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عِصْمَةُ الدَّمِ وَالْأَصْلُ حَيَاةُ الْمَقْدُودِ، وَكَذَا الْوَجَّهَانِ لَوْ جَنَى عَلَى بَطْنٍ حَامِلٍ فَالْقَتْلُ وَلَكِنْ لَوْ قَتَلَ يَعْيشُ الْمَوْلُودُ فِي مِثْلِهِ وَاخْتَلَفَا فِي حَيَاتِهِ عِنْدَ الْوَضْعِ لِتَعَارُضِ أَصْلِ الْحَيَاةِ وَبَرَاءَةِ الذِّمَّةِ، وَكَذَا الْوَجَّهَانِ لَوْ زَادَ فِي الْفِصَاصِ مِنَ الْجُرْحِ وَقَالَ: إِنَّمَا حَصَلَتْ الزِّيَادَةُ بِاضْطِرَابٍ الْمُقْتَصَصُ مِنْهُ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْاضْطِرَابِ وَوُجُوبُ الضَّمَانِ وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ وَمَا يَدَّعِيهِ مُحْتَمَلٌ.

وَمِنْهَا: لَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ بِالنِّكَاحِ وَقَدْ ثَبَتَ الطَّلَاقُ فَهَلْ يَجِبُ بِهِ جَمِيعُ الْمَهْرِ أَوْ نِصْفُهُ فَقَطُّ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يَجِبُ الْمَهْرُ كُلُّهُ؛ لِأَنَّهُ وَجِبَ بِالْعَقْدِ وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ مُسْقِطٌ وَلَا لِبَعْضِهِ. وَهُوَ مُقْتَضَى كَلَامِ أَبِي الْخَطَّابِ وَصَاحِبِ الْمُحَرَّرِ. وَالثَّانِي: يَجِبُ نِصْفُ الْمَهْرِ فَقَطْ؛ لِأَنَّ النِّصْفَ الْآخَرَ لَا يَسْتَقِرُّ إِلَّا بِالْدُّخُولِ وَلَمْ يَتَحَقَّقْ وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي. وَقَالَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ: إِنْ أَنْكَرَ الزَّوْجُ الدُّخُولَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي نِصْفِ الْمَهْرِ وَإِلَّا فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي وَجُوبِهِ كُلِّهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا رَمَى صَيْدًا فَجَرَحَهُ ثُمَّ غَابَ وَوَجَدَهُ مَيِّتًا وَلَا أَثَرَ بِهِ غَيْرَ سَهْمِهِ، أَوْ جَرَحَهُ جُرْحًا مُوَحِيًا ثُمَّ سَقَطَ فِي مَاءٍ وَنَحْوِهِ فَهَلْ يُبَاحُ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ مُشَارَكَةِ سَبَبٍ آخَرَ فِي قَتْلِهِ، وَالْأَصْلُ تَحْرِيمُ الْحَيَوَانِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ سَبَبُ إِبَاحَتِهِ، لَكِنَّ الْأَصْلَ الْأَوَّلَ مُعْتَضِدٌ بِأَنَّ الظَّاهِرَ مَوْتُهُ بِهَذَا السَّبَبِ دُونَ غَيْرِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا جَاءَ بَعْضُ الْعَسْكَرِ بِمُشْرِكٍ فَادَّعَى الْمُشْرِكُ أَنَّ الْمُسْلِمَ أَمَنَهُ وَأَنْكَرَ فِيهِ رَوَاتَانِ:

أَحَدَاهُمَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ فِي إنْكَارِ الْأَمَانِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْأَمَانِ. وَالثَّانِي: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْرِكِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الدِّمَاءِ الْحَظَرُ إِلَّا بِبَيِّنِ الْإِبَاحَةِ، وَقَدْ وَقَعَ الشَّكُّ هُنَا فِيهَا. وَفِيهِ رَوَايَةٌ ثَلَاثَةٌ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ مَنْ يَدُلُّ الْحَالَ عَلَى صِدْقِهِ مِنْهُمَا تَرْجِيحًا لِأَحَدِ الْأَصْلَيْنِ بِالظَّاهِرِ الْمُوَافِقِ لَهُ، وَقَرِيبٌ مِنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ إِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارَ الْإِسْلَامِ وَادَّعَى أَنَّ بَعْضَ الْمُسْلِمِينَ عَقَدَ لَهُ أَمَانًا فَهَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ، وَنَصَّ أَحْمَدُ أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ جَاءَ مُسْتَأْمِنًا فَإِنْ كَانَ مَعَهُ سِلَاحٌ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ وَإِلَّا قُبِلَ فَيُخْرَجُ هَاهُنَا مِثْلُهُ.

* * *

القاعدة التاسعة والخمسون بعد المائة:

إِذَا تَعَارَضَ الْأَصْلُ وَالظَّاهِرُ^(١) فَإِنْ كَانَ الظَّاهِرُ حُجَّةً يَجِبُ قَبُولُهَا شَرْعًا كَالشَّهَادَةِ وَالرَّوَايَةِ وَالْإِخْبَارِ فَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْأَصْلِ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ بَلْ كَانَ مُسْتَنَدُهُ الْعُرْفُ أَوْ الْعَادَةُ الْغَالِبَةُ أَوْ الْقَرَائِنُ أَوْ غَلْبَةُ الظَّنِّ وَنَحْوُ ذَلِكَ، فَتَارَةً يُعْمَلُ بِالْأَصْلِ وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى الظَّاهِرِ، وَتَارَةً يُعْمَلُ بِالظَّاهِرِ وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى الْأَصْلِ، وَتَارَةً يُخْرَجُ فِي الْمَسْأَلَةِ خِلَافٌ،

(١) الظاهر هو: ما دل على معنى بالوضع الأصلي أو العرفي، أو هو ما لا يقتصر في إفادته لمعناه إلى غيره ولا يكون معناه مقصوداً بسوق الكلام أصلاً. كشف الأسرار عن أصول البزدوى ج ١ ص ٤٦ ط دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان - سنة ١٩٧٤.

فَهَذِهِ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ. الْقِسْمُ الْأَوَّلُ. مَا تَرَكَ الْعَمَلُ فِيهِ بِالْأَصْلِ لِلْحُجَّةِ الشَّرْعِيَّةِ وَهِيَ قَوْلُ مَنْ يَجِبُ الْعَمَلُ يَقُولُهُ، وَلَهُ صُورٌ كَثِيرَةٌ جَدًّا:

مِنْهَا: شَهَادَةُ عَدْلَيْنِ بِشَغْلِ ذِمَّةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: شَهَادَةُ عَدْلَيْنِ بِبَرَاءَةِ ذِمَّةِ مَنْ عَلِمَ اشْتِغَالَ ذِمَّتِهِ بِدَيْنٍ وَنَحْوِهِ.

وَمِنْهَا: إِخْبَارُ الثَّقَةِ الْعَدْلِ بِأَنْ كَلَبَا وَلَغَ فِي هَذِهِ الْإِنَاءِ.

وَمِنْهَا: إِخْبَارُهُ بِدُخُولِ وَقْتِ الصَّلَاةِ.

وَمِنْهَا: شَهَادَةُ الرَّاحِدِ الْعَدْلِ بِرُؤْيَا هِلَالِ رَمَضَانَ فَإِنَّهُ مَقْبُولٌ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَفِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى لَا بَدَّ مِنْ شَهَادَةِ عَدْلَيْنِ كَسَائِرِ الشُّهُودِ، وَفَرَّقَ أَبُو بَكْرٍ بَيْنَ أَنْ يَرَاهُ فِي الْمِصْرِ فَلَا يَقْبَلُ وَبَيْنَ أَنْ يَرَاهُ خَارِجَ الْمِصْرِ فَيَقْدَمُ الْمِصْرَ فَيَقْبَلُ خَبْرَهُ.

وَمِنْهَا: إِخْبَارُ الثَّقَةِ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ فِي رَمَضَانَ فَإِنَّهُ يَحْرُمُ الطَّعَامُ وَالشَّرَابُ وَالْجِمَاعُ.

وَمِنْهَا: إِخْبَارُهُ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ فِي رَمَضَانَ فَإِنَّهُ يُبِيحُ الْفِطْرَ؛ صَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ وَلَمْ يَجْعَلُوهُ كَالشَّهَادَةِ عَلَى هِلَالِ شَوَّالٍ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ وَقْتِ الْفِطْرِ مُلَازِمٌ لِقَوْتِ صَلَاةِ الْمَغْرِبِ فَإِذَا ثَبَتَ دُخُولُ وَقْتِ الصَّلَاةِ بِإِخْبَارِ الثَّقَةِ ثَبَتَ دُخُولُ وَقْتِ الْإِفْطَارِ تَبَعًا لَهُ وَقَدْ يَثْبُتُ تَبَعًا مَا لَا يَثْبُتُ اسْتِقْلَالًا، بِخِلَافِ الشَّهَادَةِ بِهِلَالِ شَوَّالٍ.

وَالثَّانِي: أَنَّ إِخْبَارَ الثَّقَةِ هُنَا يَقَارَنُهُ أَمَارَاتُ تَشْهَدُ بِصِدْقِهِ؛ لِأَنَّ وَقْتِ الْغُرُوبِ يَتَمَيَّزُ بِنَفْسِهِ وَعَلَيْهِ أَمَارَاتُ ثَوْرَتْ غَلْبَةِ الظَّنِّ، فَإِذَا انْضَمَّ إِلَيْهَا إِخْبَارُ الثَّقَةِ قَوِيَ الظَّنُّ، وَرَبَّمَا أَفَادَ الْعِلْمُ بِخِلَافِ هِلَالِ الْفِطْرِ فَإِنَّهُ لَا أَمَارَةَ عَلَيْهِ، وَفِي صَحِيحِ ابْنِ حِبَّانَ مِنْ حَدِيثِ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ قَالَ: «كَانَ النَّبِيُّ ﷺ إِذَا كَانَ صَائِمًا أَمَرَ رَجُلًا فَأَوْفَى عَلَى شَيْءٍ، فَإِذَا قَالَ: قَدْ غَابَتِ الشَّمْسُ أَفْطَرَ»، وَصَحَّ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ «أَنَّهُ كَانَ يَضَعُ طَعَامَهُ عِنْدَ الْفِطْرِ فِي رَمَضَانَ وَيَبْعَثُ إِفْرَارًا يَرْقُبُ الشَّمْسَ فَإِذَا قَالَ: قَدْ وَجَبَتْ، قَالَ: كُلُوا».

وَمِنْ ذَلِكَ: قَبُولُهُ قَوْلَ الْأَمْنَاءِ وَنَحْوِهِمْ مِمَّنْ يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِي تَلَفِ مَالٍ أَوْ ثَمَنِ عَلَيْهِ مِنْ مَالٍ أَوْ غَيْرِهِ.

وَمِنْهُ أَيْضًا: قَبُولُ قَوْلِ الْمُعْتَدَةِ فِي انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِالْأَقْرَاءِ وَلَوْ فِي شَهْرِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ فِي الشَّهْرِ، وَفَرَّقَ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ بَيْنَ مَنْ لَهَا عَادَةٌ مُتَّظِمَةٌ فَلَا يَقْبَلُ مُخَالَفَتَهَا إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، بِخِلَافِ مَنْ لَا عَادَةَ لَهَا، وَفِي الْفُنُونِ لِابْنِ عَقِيلٍ لَا يَقْبَلُ

مَعَ فَسَادِ النِّسَاءِ إِلَّا بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ أَنَّ هَذِهِ عَادَتُهَا أَوْ أَنَّهَا رَأَتْ الْحَيْضَ عَلَى هَذَا الْمِقْدَارِ وَتَكَرَّرَ ثَلَاثًا.

الْقِسْمُ الثَّانِي: مَا عُمِلَ بِالْأَصْلِ وَلَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى الْفَرَائِنِ الظَّاهِرَةِ وَنَحْوِهَا، وَلَهُ صُورٌ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: إِذَا ادَّعَتْ الزَّوْجَةُ بَعْدَ طَوْلِ مَقَامِهَا مَعَ الزَّوْجِ أَنَّهُ لَمْ تَصِلْهَا التَّفَقُّةُ الْوَاجِبَةُ وَلَا الْكِسُوفَةُ. فَقَالَ الْأَصْحَابُ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهَا مَعَ أَنَّ الْعَادَةَ تَبَعْدُ ذَلِكَ حَدًّا، وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ الرَّجُوعَ إِلَى الْعَادَةِ وَخَرَجَهُ وَجْهًا مِنَ الْمَسَائِلِ الْمُخْتَلَفِ فِيهَا كَمَا سَبَّأْتُ ذِكْرَهَا، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، قَالَ: وَإِذَا وَجِدَ مَعَهَا نَظِيرَ الصَّدَاقِ أَوْ الْكِسُوفَةَ وَلَمْ يُعْلَمْ لَهَا سَبَبٌ يَمْلِكُ ذَلِكَ بِهِ مِنْ غَيْرِ الزَّوْجِ فَيَنْبَغِي أَنْ يُخْرَجَ عَلَى وَجْهَيْنِ، كَمَا إِذَا أَصْدَقَهَا تَعْلِيمَ سُورَةٍ ثُمَّ وَجِدَتْ مُتَعَلِّمَةً لَهَا بَعْدَ مُدَّةٍ وَقَالَتْ لَمْ يُعَلِّمْنِي الزَّوْجُ، وَادَّعَى هُوَ أَنَّهُ عَلَّمَهَا فَإِنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَيَقَّنَ الطَّهَارَةَ أَوْ النَّجَاسَةَ فِي مَاءٍ أَوْ تَوْبٍ أَوْ أَرْضٍ أَوْ بَدَنِ وَشَكَّ فِي زَوَالِهَا فَإِنَّهُ يَبْنِي عَلَى الْأَصْلِ إِلَى أَنْ يَتَيَقَّنَ زَوَالَهُ، وَلَا يَكْتَفِي فِي ذَلِكَ بِغَلْبَةِ الظَّنِّ وَلَا غَيْرِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ تَيَقَّنَ حَدَثًا أَوْ نَجَاسَةً وَغَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ زَوَالُهَا فَإِنَّهُ يَبْنِي عَلَى الْأَصْلِ، وَكَذَلِكَ فِي النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَغَيْرِهِمَا.

وَمِنْهَا: إِذَا شَكَّ فِي طُلُوعِ الْفَجْرِ فِي رَمَضَانَ فَإِنَّهُ يَبَاحُ لَهُ الْأَكْلُ حَتَّى يَتَيَقَّنَ طُلُوعَهُ نَصًّا عَلَيْهِ، أَحْمَدُ، وَلَا عِبْرَةَ فِي ذَلِكَ بِغَلْبَةِ الظَّنِّ وَالْفَرَائِنِ وَنَحْوِهَا مَا لَمْ يَكُنْ مُسْتَنَدًا إِلَى إِخْبَارٍ ثَقَوٍّ بِالطَّلَعِ.

وَمِنْهَا: إِذَا زَنَى مَنْ لَهُ زَوْجَةٌ وَلَوْلَا فَانْكَرَ أَنْ يَكُونَ وَطِئَ زَوْجَتَهُ، قَالَ أَصْحَابُنَا: لَا يُرْجَمُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْوَطْءِ وَلِحُوقِ النَّسَبِ يَثْبُتُ بِمَجَرَّدِ الْإِمْكَانِ وَوُجُودِ الْفَرَائِنِ.

الْقِسْمُ الثَّالِثُ: مَا عُمِلَ فِيهِ بِالظَّاهِرِ وَلَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى الْأَصْلِ وَلَهُ صُورٌ:

مِنْهَا: إِذَا شَكَّ بَعْدَ الْفَرَاعِ مِنَ الصَّلَاةِ أَوْ غَيْرِهَا مِنَ الْعِبَادَاتِ فِي تَرْكِ رُكْنٍ مِنْهَا فَإِنَّهُ لَا يَلْتَفِتُ إِلَى الشَّكِّ، وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ عَدَمَ الْإِثْنَانِ بِهِ وَعَدَمَ بَرَاءَةِ الذِّمَّةِ لَكِنَّ الظَّاهِرَ مِنْ أَفْعَالِ الْمُكَلَّفِينَ لِلْعِبَادَاتِ أَنْ تَقَعَ عَلَى وَجْهِ الْكَمَالِ فَيَرْجِعُ هَذَا الظَّاهِرُ عَلَى الْأَصْلِ، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْوُضُوءِ وَغَيْرِهِ عَلَى الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ، وَفِي الْوُضُوءِ وَجْهٌ أَنَّ الشَّكَّ فِي تَرْكِ بَعْضِهِ بَعْدَ الْفَرَاعِ كَالشَّكِّ فِي ذَلِكَ قَبْلَ الْفَرَاعِ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ بَاقٍ بَعْدَ الْفَرَاعِ مِنْهُ، بِخِلَافِ

الصَّلَاةَ وَغَيْرَهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ صَلَّى ثُمَّ رَأَى عَلَيْهِ نَجَاسَةً وَشَكَ هَلْ لَحِقَتْهُ قَبْلَ الصَّلَاةِ أَوْ بَعْدَهَا وَأَمَكَنَ الْأَمْرَانِ فَالصَّلَاةُ صَحِيحَةٌ، وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ عَدَمَ انْعِقَادِ الصَّلَاةِ وَيَقَاؤُهَا فِي الذِّمَّةِ حَتَّى يَتَيَقَّنَ صِحَّتَهَا، لَكِنْ حُكِمَ بِالصَّحَّةِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ صِحَّةُ أَعْمَالِ الْمُكَلَّفِ وَجَرِّائُهَا عَلَى الْكَمَالِ وَعُضِدَ ذَلِكَ أَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ مُقَارَنَةِ الصَّلَاةِ لِلنَّجَاسَةِ، وَتَرْجُعُ الْمَسْأَلَةِ حَيْثُ إِلَى تَعَارُضِ أَصْلَيْنِ رُجِّحَ أَحَدُهُمَا بِظَاهِرِ عَضُدِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا اخْتَلَفَ الْجَنَسَانِ بَعْدَ الْعَقْدِ فِي بَعْضِ شَرَائِطِ صِحَّةِ الْعَقْدِ، كَمَا إِذَا ادَّعَى الْبَائِعُ أَنَّهُ كَانَ صَبِيًّا أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ وَانْكَرَ الْمُشْتَرِي فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْمَذْهَبِ، وَنَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي صُورَةِ دَعْوَى الصَّغِيرِ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ وَقُوعُ الْعُقُودِ عَلَى وَجْهِ الصَّحَّةِ دُونَ الْفُسَادِ وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ عَدَمَ الْبُلُوغِ وَالْإِذْنِ. وَذَكَرَ الْأَصْحَابُ وَجْهًا آخَرَ فِي دَعْوَى الصَّغِيرِ أَنَّهُ يَقْبَلُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ تَكْلِيفُهُ وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ، بِخِلَافِ دَعْوَى عَدَمِ الْإِذْنِ مِنْ مُكَلَّفٍ فَإِنَّ الْمُكَلَّفَ لَا يَتَعَاطَى فِي الظَّاهِرِ إِلَّا الصَّحِيحَ. قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: وَهَكَذَا يَجِيءُ فِي الْإِفْرَاقِ وَسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ إِذَا اخْتَلَفَا هَلْ وَقَعَتْ بَعْدَ الْبُلُوغِ أَوْ قَبْلَهُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْعُقُودِ الصَّحَّةُ فِيمَا أَنْ يُقَالَ هَذَا عَامٌّ وَإِمَّا أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ أَنْ يَتَيَقَّنَ أَنَّهُ وَقَعَتْ التَّصَرُّفُ كَانَ مَشْكُوكًا فِيهِ غَيْرَ مُحْكُومٍ بِبُلُوغِهِ أَوْ لَا يَتَيَقَّنُ، فَأَمَّا مَعَ تَيَقُّنِ الشَّكِّ قَدْ تَيَقَّنَا صُدُورَ التَّصَرُّفِ مِمَّنْ لَمْ تَثْبُتْ أَهْلِيَّتُهُ وَالْأَصْلُ عَدَمُهَا، فَقَدْ شَكَّكْنَا فِي شَرْطِ الصَّحَّةِ وَذَلِكَ مَانِعٌ مِنَ الصَّحَّةِ، وَأَمَّا فِي الْحَالَةِ الْأُخْرَى فَإِنَّهُ يَجُوزُ صُدُورُهُ فِي حَالِ الْأَهْلِيَّةِ وَحَالَ عَدَمِهَا وَالظَّاهِرُ صُدُورُهُ وَقَتْ الْأَهْلِيَّةِ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ قَبْلَ وَقْعِهَا، فَالْأَهْلِيَّةُ هُنَا مَتَيَقَّنٌ وَجُودُهَا.

ثُمَّ ذَكَرَ أَنَّ مَنْ لَمْ يَقَرَّ بِالْبُلُوغِ حَتَّى تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ مِثْلُ إِسْلَامِهِ بِإِسْلَامِ أَبِيهِ أَوْ ثُبُوتِ الذِّمَّةِ لَهُ تَبَعًا لِأَبِيهِ أَوْ بَعْدَ تَصَرُّفِ الْوَكِيلِ لَهُ أَوْ تَزْوِيجِ وَلِيِّ أَعَدَّ مِنْهُ لِمَوْلَانِهِ فَهَلْ يَقْبَلُ مِنْهُ دَعْوَى الْبُلُوغِ حَيْثُذِ أَمْ لَا لِثُبُوتِ هَذِهِ الْأَحْكَامِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهِ فِي الظَّاهِرِ قَبْلَ دَعْوَاهُ؟ وَأَشَارَ إِلَى تَخْرِيجِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا ارْتَجَعَ الرَّجْعِيَّةُ زَوْجَهَا فَقَالَتْ: قَدْ انْقَضَتْ عِلَّتِي، وَشَبَّهَ أَيْضًا بِمَا إِذَا ادَّعَى الْمَجْهُولُ الْمُحْكُومُ بِإِسْلَامِهِ ظَاهِرًا كَاللَّقِيطِ الْمُقَرَّبِ بَعْدَ الْبُلُوغِ فَإِنَّهُ لَا تُسْمَعُ مِنْهُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَكَذَا لَوْ تَصَرَّفَ الْمُحْكُومُ بِحُرِّيَّتِهِ ظَاهِرًا كَاللَّقِيطِ ثُمَّ ادَّعَى الرِّقَّ فَقَبِلَهُ خِلَافَ مَعْرُوفٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ دُخُولَ وَقْتِ الصَّلَاةِ فَإِنَّهُ تَصَحُّ صَلَاتُهُ وَلَا يَشْتَرِطُ أَنْ يَتَيَقَّنَ

دُخُولُهُ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَحَكَى عَنْ ابْنِ حَامِلٍ أَنَّ يُعْتَبَرَ التَّيَقُّنُ ^(١).

وَمِنْهَا: الْفِطْرُ فِي الصَّيَامِ يَجُوزُ يَغْلِبُهُ ظَنُّ غُرُوبِ الشَّمْسِ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: لَا يَجُوزُ الْفِطْرُ إِلَّا مَعَ تَيَقُّنِ الْغُرُوبِ وَبِهِ جَزَمَ صَاحِبُ التَّلْخِصِ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْوَقْتَ عَلَيْهِ أَمَارَاتٌ تُعْرَفُ بِهَا فَكَتَفِي فِيهَا بِالظَّنِّ الْغَالِبِ، بِخِلَافِ مَا لَا أَمَارَةَ عَلَيْهِ مِنْ إِتِمَامِ الصَّلَاةِ وَالطَّهَّارَةِ وَالْحَدَثِ وَنَحْوِهَا، وَأَيْضًا فَالصَّلَاةُ وَالطَّهَّارَةُ وَنَحْوُهُمَا كُلُّ مِنْهُمَا عِبَادَةٌ فَعَلَيْهِ مَطْلُوبَةُ الْوُجُودِ إِذَا شَكَّ فِي فِعْلِ شَيْءٍ مِنْهَا فَالْأَصْلُ عَدَمُهُ فَلَا يُخْرَجُ مِنْ عَهْدَتِهِ إِلَّا بِبَيِّنٍ، وَالصَّوْمُ عِبَادَةٌ وَكَفٌّ عَنْ مَحْظُورَاتٍ خَاصَّةٍ، فَمَتَى لَمْ يَتَيَقَّنْ وَقُوعَ مَحْظُورَاتِهَا فِي وَقْتِهَا لَمْ يُحْكَمْ بِبُطْلَانِهَا، وَلَكِنَّمَا مُنِعَ مِنَ الْخُرُوجِ مِنْهَا بِمَجَرَّدِ الشَّكِّ الْمُسَاوِي؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الصَّوْمِ وَلَمْ يَتَرَجَّحْ ظَنُّ يُعَارِضُهُ، فَإِذَا تَرَجَّحَ الظَّنُّ عَمِلَ بِهِ وَلَمْ يُحْكَمْ بِبُطْلَانِهِ بِوُقُوعِ مَحْظُورَاتِهِ حَيْثُ لَا سِيَّمَا وَفِعْلُ مَحْظُورَاتِهِ مَعَ تَرَجُّحِ ظَنِّ انْقِضَائِهِ مَطْلُوبٌ شَرْعًا عَلَى الْأَظْهَرِ وَلِهَذَا جَازَ الْأَكْلُ أَوْ اسْتِحْبَابٌ مَعَ ظَنِّ طُلُوعِ الْفَجْرِ حَتَّى يَتَيَقَّنَ طُلُوعَهُ كَمَا سَبَقَ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ وَقْتِ الصَّلَاةِ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الصَّلَاةَ يَجُوزُ فِعْلُهَا مَعَ غَلْبَةِ ظَنِّ دُخُولِ وَقْتِهَا وَلَا يَجِبُ، وَكَذَلِكَ الصَّيَامُ يَجُوزُ الْإِمْسَاكُ بِنَيْتِ الصَّوْمِ مَعَ غَلْبَةِ ظَنِّ وَلَا يَجِبُ فَهُمَا سَوَاءٌ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الصَّلَاةَ عِبَادَةٌ فَعَلَيْهِ لَا تُسْتَعْرَقُ مَجْمُوعٌ وَقْتِهَا بَلْ تُفْعَلُ فِي جُزْءٍ مِنْهُ، فَإِذَا فُعِلَتْ فِي زَمَنِ يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهُ مِنْ وَقْتِهَا كَفَى، وَالصَّوْمُ عِبَادَةٌ تُسْتَعْرَقُ زَمَانُهَا وَهِيَ مِنْ بَابِ الْكُفِّ وَالتَّرَكِّ لَا مِنْ بَابِ الْأَعْمَالِ، فَيَكْفِي اشْتِرَاطُ الْكُفِّ عَنْ مَحْظُورَاتِهَا فِي زَمَانِهَا الْمُحَقَّقِ دُونَ الْمَشْكُوكِ فِيهِ، وَلَا يَبْطُلُ بِفِعْلِ شَيْءٍ مِنْ مَحْظُورَاتِهَا فِي زَمَنِ لَا يَتَحَقَّقُ أَنَّهُ وَقْتُ الصَّيَامِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَصْلُ بَقَاءُ وَقْتِ الصَّيَامِ وَلَمْ يَغْلِبْ عَلَى الظَّنِّ خُرُوجُهُ فَلَا يَبَاحُ حَيْثُ يُدْخِلُ الْإِقْدَامَ عَلَى الْإِفْطَارِ وَلَا تَبَرُّا الذِّمَّةَ بِمَجَرَّدِ ذَلِكَ، وَهَذَا كَمَا قُلْنَا فِيمَنْ صَلَّى ثُمَّ رَأَى عَلَيْهِ نَجَاسَةً: يُمَكِّنُ أَنَّهَا لَحِقَتْهُ بَعْدَ الصَّلَاةِ سَوَاءً.

وَمِنْهَا: أَنَّ الْمُسْتَحَاضَةَ الْمُعْتَادَةَ تَرْجِعُ إِلَى عَادَتِهَا وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهَا عَادَةٌ فَلِإِلَى تَمَيُّزِهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا عَادَةٌ وَتَمَيُّزٌ رَجَعَتْ إِلَى غَالِبِ عَادَاتِ النِّسَاءِ وَهِيَ سِتٌّ أَوْ سَبْعٌ عَلَى الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مُسَاوَاتِهَا لَهُنَّ وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ عَدَمُ فَرَاحٍ حَيْضِهَا حَيْثُ يُدْخِلُ.

وَمِنْهَا: امْرَأَةُ الْمَفْقُودِ تَتَزَوَّجُ بَعْدَ انْتِظَارِ أَرْبَعِ سِنِينَ وَيَقْسَمُ مَالُهُ حَيْثُ يُدْخِلُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَوْتُهُ،

وإن كان الأصل بقاءه لكن هل يثبت له أحكام المَعْدُوم من حين فقده أو لا يثبت إلا من حين إباحة أزواجه وقسمة ماله؟ على وجهين، ينني عليهما لو مات له في مدة انتظاره من يرثه فهل يحكم بتوريثه منه أم لا؟ ونص أحمد على أنه يزكي ماله بعد مدة انتظاره معللاً بأنه مات وعليه زكاة وهذا يدل على أنه لا يحكم له بأحكام الموتى إلا بعد مدة وهو الأظهر، ويتحقق بهذا أن امرأة المفقود بعد مدة انتظارها تعتد للوفاة ثم تباح للأزواج فهل تجب لها الثقة من ماله في مدة العدة كما في مدة الانتظار أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجب وهو الذي ذكره ابن الزاغوني في الإقناع. وقال أبو البركات في الشرح: هو قياس المذهب عندي؛ لأنه حكم بوفاته بعد مدة الانتظار فصارت معتدة للوفاة.

والثاني: يجب لها الثقة قاله القاضي؛ لأن الثقة لا تسقط إلا بيقين الموت ولم توجد هاهنا وكذا ذكر صاحب المغني وزاد أن نفقتها لا تسقط بعد العدة أيضاً؛ لأنها باقية على نكاحه ما لم تزوج أو يفرق الحاكم بينهما.

ومنها: أن النوم ينقض الوضوء؛ لأنه مظنة خروج الحدث وإن كان الأصل عدم خروجه وبقاء الطهارة. وحكى ابن أبي موسى في شرح الخرقى وجهاً آخر: أن النوم نفسه حدث لكن يعفى عن يسيره كالدم ونحوه.

ومنها: إذا زنا من نشأ في دار الإسلام بين المسلمين وأدعى الجهل بتحريم الزنا لم يقبل قوله؛ لأن الظاهر يكذبه وإن كان الأصل عدم علمه بذلك.

ومنها: إذا ادعت المعتقة تحت عبو الجهل بالعنق أو بثبوت الخيار ومنهلاً لا بجهل ذلك، فإنه لا يقبل قولها.

ومنها: إذا زوج المولى امرأة يعتبر إذنها لصحة العقد، ثم أنكرت الإذن فإن كان بعد الدخول لم يقبل قولها؛ لأن تمكينها يكذبها، وإن كان قبله فإن كان إذنها السكوت وأدعت أن سكوتها كان حياءً لا رضا لم يقبل قولها نص عليه أحمد في رواية الأثرم؛ لأن السكوت في حكم الشارع إقرار به ورضاً فلا يسمع دعوى خلافه. وإن ادعت أنها ردت أو كان إذنها التلق فأنكرته فقال القاضي: القول قولها؛ لأن الأصل معها ولم يوجد ظاهر يخالفه.

ومنها: لو ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها في يوم معين بمهر مسمى وشهد به شاهداً ثم ادعت عليه أنه تزوجها في يوم آخر معين بمهر مسمى وشهد به شاهداً ثم اختلفا فقالت المرأة: هما نكاحان ولي المهران، وقال الزوج: بل نكاح واحد تكرر عقده

فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجَةِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهَا، وَكَذَا لَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ بَاعَهُ هَذَا الثَّوبَ فِي يَوْمٍ كَذَا بِشَمْنٍ كَذَا وَشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ بَاعَهُ مِنْهُ فِي يَوْمٍ آخَرَ بِشَمْنٍ. فَقَالَ الْمُشْتَرِي: هُوَ عَقْدٌ وَاحِدٌ كَرَرْنَاهُ. وَقَالَ الْبَائِعُ: بَلْ هُوَ عَقْدَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهُ، ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ. وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ، لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْفَرْقَةِ بَيْنَهُمَا وَالْأَصْلُ بَرَاءَتُهُ مِنَ الْمَهْرِ الثَّانِي.

الْقِسْمُ الرَّابِعُ: مَا خُرِجَ فِيهِ خِلَافٌ فِي تَرْجِيحِ الظَّاهِرِ عَلَى الْأَصْلِ وَبِالْعَكْسِ وَيَكُونُ ذَلِكَ غَالِبًا عِنْدَ تَقَاوُمِ الظَّاهِرِ وَالْأَصْلِ تَسَاوِيَهُمَا، وَلَهُ صُورٌ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: إِذَا سُخِّنَ الْمَاءُ بِنَجَاسَتِهِ وَغَلَبَ عَلَى الظَّنِّ وَصُولُ الدُّخَانِ إِلَيْهِ فَفِي كَرَاهَتِهِ وَجَهَانِ. أَشْهَرُهُمَا أَنَّهُ يُكْرَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَدْخَلَ الْكَلْبُ رَأْسَهُ فِي إِنَاءٍ فِيهِ مَاءٌ وَشَكَّ هَلْ وَلَغَ فِيهِ أَمْ لَا؟ وَكَانَ فَمُهُ رَطْبًا فَهَلْ يُحْكَمُ بِنَجَاسَةِ الْمَاءِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ وَلَوْغُهُ أَمْ بِطَهَارَتِهِ؛ لِأَنَّهَا الْأَصْلُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا الْأَزْجِيُّ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَقَعَ فِي مَاءٍ يَسِيرٍ مَا لَا نَفْسَ لَهُ سَائِلَةً وَشَكَّ هَلْ هُوَ مُتَوَلَّدٌ مِنَ النَّجَاسَةِ أَمْ لَا؟ وَكَانَ هُنَاكَ بَثْرٌ وَحَشٌّ فَإِنْ كَانَ إِلَى الْبَثْرِ أَقْرَبُ أَوْ هُوَ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَةِ فَهُوَ طَاهِرٌ، وَإِنْ كَانَ إِلَى الْحَشِّ أَقْرَبُ فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ نَجِسٌ وَالْآخَرُ أَنَّهُ طَاهِرٌ مَا لَمْ يُعَايَنَ خُرُوجُهُ مِنَ الْحَشِّ نَقْلَ ذَلِكَ صَاحِبُ الْمُبْتَهَمِ عَنْ شَيْخِهِ ابْنِ تَمِيمٍ.

وَمِنْهَا: طِبْنُ الشَّوَارِعِ وَفِيهِ رَوَاتَانِ. أَحَدَاهُمَا: أَنَّهُ طَاهِرٌ وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي مَوَاضِعَ، وَجَعَلَهُ أَبُو الْبَرَكَاتِ فِي شَرْحِهِ الْمَذْهَبَ تَرْجِيحًا لِلْأَصْلِ وَهُوَ الطَّهَارَةُ فِي الْأَعْيَانِ كُلِّهَا.

وَالثَّانِيَةُ: أَنَّهُ نَجِسٌ تَرْجِيحًا لِلظَّاهِرِ وَجَعَلَهُ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ الْمَذْهَبَ حَتَّى حَكَى عَنْ ظَاهِرِ كَلَامِ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ لَا يُعْفَى عَنْ يَسِيرِهِ وَأَبْدَى اِحْتِمَالًا بِالْعَفْوِ عَنْهُ لِمَشَقَّةِ الْاِحْتِرَازِ، وَحَكَى عَنْ ابْنِ عَقِيلٍ الْعَفْوُ عَنْ يَسِيرِهِ إِلَّا مَا تَحَقَّقَ نَجَاسَتُهُ مِنَ الْأَرْضِ فَلَا يُعْفَى عَنْهُ، وَذَكَرَ صَاحِبُ الْمُبْتَهَمِ عَنْ ابْنِ تَمِيمٍ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا كَانَ الشَّيْءُ وَلَمْ يَتَّعِنِ مَوْضِعَ النَّجَاسَةِ فِيهِ نَجَاسَةً الْأَرْضِ رَوَاتَانِ، فَإِذَا جَاءَ الصَّيْفُ حُكِمَ بِطَهَارَتِهَا رَوَايَةً وَاحِدَةً، وَلِلْمَسْأَلَةِ أَصُولٌ تَنْبِيهِ عَلَيْهَا:

أَحَدُهَا: مَا ذَكَرْنَا مِنْ تَعَارُضِ الْأَصْلِ وَالظَّاهِرِ. وَالثَّانِي: طَهَارَةُ الْأَرْضِ وَغَسَّالَتِهَا بِمَاءٍ

الْمَطَرِ وَغَيْرِهِ إِذَا لَمْ يَبْقَ لِلنَّجَاسَةِ أَثَرٌ، سَوَاءٌ كَانَتْ النَّجَاسَةُ الَّتِي عَلَى الْأَرْضِ أَثَرًا أَوْ عَيْنًا عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ.

وَالثَّانِي: بِالاستِحَالَةِ وَفِي الْمَذْهَبِ خِلَافٌ يَبْنِي عَلَيْهِ طَهَارَةُ الطِّينِ إِذَا بَقِيَتْ فِيهِ عَيْنُ النَّجَاسَةِ ثُمَّ أُسْتَهْلِكَتْ فِيهِ حَتَّى ذَهَبَ أَثَرُهَا.

وَالثَّالِثُ: طَهَارَةُ الْأَرْضِ بِالْجَفَافِ وَالشَّمْسِ وَالرِّيحِ، وَقَدْ تَوَقَّفَ فِيهِ أَحْمَدُ وَذَهَبَ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ إِلَى عَدَمِ طَهَارَتِهَا بِذَلِكَ، وَخَالَفَهُمْ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي شَرْحِ الْهَدَايَةِ. وَيَبْنِي عَلَى ذَلِكَ طَهَارَةُ الْأَرْضِ مَعَ مُشَاهَدَةِ النَّجَاسَاتِ فِيهَا وَإِنْ لَمْ يُصِبْهَا الْمَاءُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَمِنْهَا: الْمَقْبَرَةُ الْمَشْكُوكُ فِي نَبْشِهَا إِذَا تَقَادَمَ عَهْدُهَا هَلْ يُحْكَمُ بِنَجَاسَتِهَا؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ نَبْشُهَا أَوْ بِطَهَارَتِهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: ثِيَابُ الْكُفَّارِ وَأَوَانِيَهُمْ وَفِيهَا ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ عَنْ أَحْمَدَ:

إِحْدَاهَا: الْإِبَاحَةُ تَرْجِيحًا لِلأَصْلِ وَهُوَ الطَّهَارَةُ. وَالثَّانِيَةُ: الْكَرَاهِيَةُ لِخَشْيَةِ إصَابَةِ النَّجَاسَةِ لَهَا إِذْ هُوَ الظَّاهِرُ. وَالثَّالِثَةُ: إِنْ قَوِيَ الظَّاهِرُ جَدًّا لَمْ يَجْزُ اسْتِعْمَالُهَا بِدُونِ غَسْلِ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى هَذِهِ الرُّوَايَةِ رَوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنَّهُ يُمْنَعُ مِنْ اسْتِعْمَالِ مَا وَلِيَ عَوَرَتَهُمْ مِنَ الثِّيَابِ قَبْلَ غَسْلِهِ دُونَ مَا عَلَا مِنْهَا. وَالثَّانِيَةُ: يُمْنَعُ مِنْ اسْتِعْمَالِ الْأَوَانِيِ وَالثِّيَابِ مُطْلَقًا مِمَّنْ يُحْكَمُ بِأَنَّهُ ذَبِيحَتُهُ مَيْتَةٌ كَالْمُشْرِكِينَ وَالْمَجْجُوسِ دُونَ غَيْرِهِمْ. وَقَالَ الْخُرَقِيُّ فِي شَرْحِهِ وَأَبْنُ أَبِي مُوسَى: لَا يَجُوزُ اسْتِعْمَالُ قُدُورِ النَّصَارَى لِاسْتِحْلَالِهِمُ الْخِنْزِيرَ، وَزَادَ الْخُرَقِيُّ وَلَا أَوَانِي طَبِيخِهِمْ دُونَ أَوْعِيَةِ الْمَاءِ وَنَحْوِهَا مِمَّا يَبْعُدُ إصَابَتُهُ بِالنَّجَاسَةِ، وَزَادَ أَبِي مُوسَى الْمَنْعَ مِنْ اسْتِعْمَالِ ثِيَابِ مَنْ لَا تَحِلُّ ذَبِيحَتُهُ كَالْمَجْجُوسِ مُطْلَقًا، وَمَا سَفَلَ مِنْ ثِيَابِ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَصِقَ بِأَبْدَانِهِمْ حَتَّى تُغْسَلَ.

وَمِنْهَا: ثِيَابُ الصَّبْيَانِ وَمَنْ لَا يَتَحَرَّزُ مِنَ النَّجَاسَةِ وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ: الْكَرَاهَةُ، وَعَدَمُهَا، وَالْمَنْعُ حَتَّى تُغْسَلَ، وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ أَبِي مُوسَى.

وَمِنْهَا: إِذَا شَكَّ الْمُصَلِّي فِي عَدَدِ الرُّكْعَاتِ وَفِيهِ ثَلَاثَةُ رَوَايَاتٍ عَنْ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَرَضِيَ عَنْهُ:

إِحْدَاهَا: أَنَّهُ يَبْنِي عَلَى الْأَقَلِّ وَهُوَ الْمُتَيَقَّنُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الرِّيَادَةِ الْمَشْكُوكِ فِيهَا. وَالثَّانِيَةُ: يَبْنِي عَلَى غَالِبِ ظَنِّهِ لِلْحَدِيثِ الْوَارِدِ فِي ذَلِكَ. وَالثَّالِثَةُ: إِنْ قَوِيَ الظَّنُّ بِإِقْرَارِ غَيْرِهِ لَهُ عَلَيْهِ بَنَى عَلَى غَالِبِ ظَنِّهِ وَهُوَ الْإِمَامُ إِذَا أَقَرَّهُ الْمَأْمُومُونَ، وَإِنْ كَانَ مُتَفَرِّدًا بَنَى عَلَى الْيَقِينِ

وَهِيَ الْمَشْهُورَةُ فِي الْمَذْهَبِ.

فَأَمَّا إِنْ سَبَّحَ لَهُ اثْنَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ إِلَيْهِمَا مَا لَمْ يَتَّقَنَّ صَوَابَ نَفْسِهِ عَلَى الرُّوَايَاتِ كُلِّهَا. وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: إِنَّمَا يَرْجِعُ إِلَيْهِمَا إِذَا قُلْنَا: يَنْبِي عَلَى غَالِبِ ظَنِّهِ؛ لِأَنَّ تَنْبِيَهُمَا إِنَّمَا يُقِيدُ غَلْبَةَ الظَّنِّ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ إِلَى قَوْلِهِمَا رُجُوعٌ إِلَى بَيِّنَةٍ شَرْعِيَّةٍ فَيَتَرَكُ الْأَصْلَ لِأَجْلِهَا كَسَائِرِ الْبَيِّنَاتِ الشَّرْعِيَّةِ بِخِلَافِ غَلْبَةِ الظَّنِّ الْمُجَرَّدَةِ إِذَا جَوَزْنَا لَهُ الْعَمَلَ بِالظَّنِّ الْغَالِبِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ تَرْكُ الْعَمَلِ بِالْيَقِينِ وَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي كِتَابِ أَحْكَامِ الْقُرْآنِ وَغَيْرِهِ.

وَلَوْ شَهِدَ اثْنَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْإِمَامِ أَنَّهُ أَحْدَثَ فِي صَلَاتِهِ وَأَنْكَرَ هُوَ وَبَقِيَ الْمُؤْمِنُونَ أَعَادُوا الصَّلَاةَ كُلُّهُمْ نَصَّ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةٍ مُهَنَّا وَاحْتِجَّ بِخَبَرِ ذِي الْيَدَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا شَكَّ فِي عَدَدِ الطَّوَافِ وَفِيهِ رَوَايَتَانِ:

أَحَدَاهُمَا: يَرْجِعُ إِلَى الْأَصْلِ وَهُوَ الْمُتَيَقَّنُ. وَالثَّانِي: يَرْجِعُ إِلَى غَالِبِ ظَنِّهِ كَالصَّلَاةِ فَإِنْ أَخْبَرَهُ اثْنَانِ بِمَا طَافَ فَهَلْ يَرْجِعُ إِلَى قَوْلِهِمَا عَلَى وَجْهِينِ وَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَيْهِمَا وَكَذَا الْوَجْهَانِ لَوْ أَخْبَرَ الْمُصَلِّي مَنْ لَيْسَ مَعَهُ فِي الصَّلَاةِ هَلْ يَرْجِعُ إِلَيْهِمَا أَمْ لَا. وَفِي الْمُعْنِي يَرْجِعُ الطَّائِفُ إِلَى خَبَرِ الثَّقَةِ الْوَاحِدِ الْعَدْلِ؛ لِأَنَّهُ خَبَرٌ دِينِيٌّ فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّعَدُّدُ وَإِنَّمَا اشْتَرَطْنَا التَّعَدُّدَ فِي الصَّلَاةِ لِخَبَرِ ذِي الْيَدَيْنِ بَقِيَ مَا عَدَّاهَا عَلَى الْأَصْلِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَجَدَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ مَيِّتٌ مَجْهُولُ الدِّينِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ عَلَامَةُ السَّلَامِ وَلَا الْكُفْرُ أَوْ تَعَارَضَ فِيهِ عَلَامَةُ السَّلَامِ وَالْكَفْرُ صَلَّى عَلَيْهِ. نَصَّ عَلَيْهِ فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ الْكُفْرُ خَاصَّةً فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ يُصَلِّي عَلَيْهِ وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يُصَلِّي عَلَيْهِ وَيُدْفَنُ وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى تَعَارُضِ الْأَصْلِ وَالظَّاهِرِ إِذَا الْأَصْلُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَالظَّاهِرُ فِي هَذَا الْكُفْرُ، وَلَوْ كَانَ الْمَيِّتُ فِي دَارِ الْكُفْرِ فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ عَلَامَاتُ الْإِسْلَامِ صَلَّى عَلَيْهِ وَإِلَّا فَلَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ عَلَى بْنِ سَعِيدٍ وَهَذَا تَرْجِيحٌ لِلظَّاهِرِ عَلَى الْأَصْلِ هَاهُنَا كَمَا رَجَّحَهُ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى وَلَمْ يَرْجِعِ الْأَصْحَابُ هُنَا الْأَصْلَ كَمَا رَجَّحُوهُ ثُمَّ؛ لِأَنَّ هَذَا الْأَصْلَ قَدْ عَارَضَهُ أَصْلٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ الْأَصْلَ فِي كُلِّ مَوَلُودٍ أَنَّهُ يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي قَدْرِ الْمَهْرِ وَلَا بَيِّنَةٌ فِيهِ رَوَايَتَانِ:

أَحَدَاهُمَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ وَغَارِمٌ. وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِنَ الْقَدْرِ الزَّائِدِ عَلَى مَا يُقَرَّرُ بِهِ. وَالثَّانِيَةُ: الْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي مَهْرِ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَسْلَمَ الزَّوْجَانِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَقَالَ الزَّوْجُ أَسْلَمْنَا مَعًا فَتَحْنُ عَلَى نِكَاحِنَا، وَقَالَتِ الزَّوْجَةُ بَلْ عَلَى التَّعَاقُبِ فَلَا نِكَاحَ فَوْجَهُانِ:

أَحَدُهُمَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ. وَالثَّانِي: الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجَةِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهَا إِذْ وَقَعَ الْإِسْلَامُ مَعًا فِي أَنْ وَاحِدٍ نَادِرٌ وَالظَّاهِرُ خِلَافُهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا خَلَا بِامْرَأَتِهِ وَصَدَّقَتْهُ أَنَّهُ لَمْ يَطَّأَهَا وَقُلْنَا: لَا يَتَقَرَّرُ بِذَلِكَ الْمَهْرُ عَلَى رَوَايَةٍ سَبَقَتْ وَكَانَ لَهُ مِنْهَا وَلَدٌ فَهَلْ يَتَقَرَّرُ الْمَهْرُ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ أَنَّ الْوَلَدَ، إِذَا يَتَعَقَّدُ عَنْ الْإِصَابَةِ أَوَّلًا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ إِصَابَتِهَا وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ سَبَقَ الْمَاءُ إِلَى فَرْجِهَا فَانْعَقَدَ بِهِ الْوَلَدُ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ وَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنْ سَبَقَ الْمَاءُ إِلَى الْفَرْجِ إِذَا يَكُونُ بَعْدَ مَا تَقَرَّرَ الْمَهْرُ مِنْ وَطْءٍ دُونَ الْفَرْجِ كَمَا سَبَقَ تَقْرِيرُهُ، وَالْأَظْهَرُ فِي تَعْلِيلِ عَدَمِ تَقَرُّرِ الْمَهْرِ أَنْ يُقَالَ: الْوَلَدُ يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِمَجْرَدِ الْإِمْكَانِ بِخِلَافِ اسْتِقْرَارِ الْمَهْرِ.

وَمِنْهَا: لَوْ زَوَّجَ رَجُلٌ وَلَيْتَهُ ثُمَّ ظَهَرَتْ مَعِيَّةً وَادَّعَى الْوَلِيَّ أَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ عَمَلَهَا فِيهِ وَجَهَانِ: أَحَدُهُمَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الْوَلِيِّ مَعَ بَيِّنَتِهِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْعَيْبُ جُنُونًا وَيَكُونَ الْوَلِيُّ ذَا أَطْلَاعٍ عَلَيْهَا فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ وَهُوَ اخْتِيَارُ صَاحِبِ الْمُغْنِي. وَالثَّانِي: إِنْ كَانَ الْوَلِيُّ قَرِيبًا كَالْأَبِ وَالْجَدِّ وَالْإِبْنِ لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ يُكْذِبُهُ وَإِنْ كَانَ بَعِيدًا قُبِلَ قَوْلُهُ مَعَ بَيِّنَتِهِ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَوَافَقَهُ ابْنُ عَقِيلٍ إِلَّا أَنَّهُ فَصَلَ بَيْنَ عِيُوبِ الْفَرْجِ وَغَيْرِهَا فَسَوَّى بَيْنَ الْأَوْلِيَاءِ كُلِّهِمْ فِي عِيُوبِ الْفَرْجِ بِخِلَافِ غَيْرِهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا اخْتَلَطَ مَالٌ حَرَامٌ بِحَلَالٍ وَكَانَ الْحَرَامُ أَغْلَبَ فَهَلْ يَجُوزُ التَّنَاوُلُ مِنْهُ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْأَعْيَانِ الْإِبَاحَةُ وَالْغَالِبُ هَهُنَا الْحَرَامُ كَمَا قَالَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ حَرْبٍ: إِذَا كَانَ أَكْثَرُ مَالِهِ [النَّهْبُ] وَالرِّبَا وَنَحْوُ ذَلِكَ فَكَأَنَّهُ يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَنْتَزِعَهُ عَنْهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ شَيْئًا يَسِيرًا أَمْرًا تَكْ لَا يَعْرِفُ، وَقَرِيبٌ مِنْ هَذَا إِذَا اشْتَبَهَ الْمَاءُ الطَّاهِرُ بِالنَّجَسِ وَكَانَ الطَّاهِرُ أَكْثَرَ فَإِنْ فِي جَوَازِ التَّحَرِّيِ رَوَاتَيْنِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ الْمُرُودِيِّ جَوَازُهُ، وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ وَابْنُ شَاقِلَا وَأَبُو عَلِيٍّ النَّجَّادُ وَصَحَّحَهُ ابْنُ عَقِيلٍ لَكِنْ هُنَا اعْتَصَدَ أَصْلُ الطَّهَارَةِ فَإِنَّ الظَّاهِرَ إِصَابَةُ الطَّاهِرِ لِكَثْرَتِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَذَفَ مَجْهُولُ النَّسَبِ وَادَّعَى رِقَّةً وَأَنْكَرَ الْمَقْدُوفُ فَهَلْ يُحَدِّثُ عَلَى رَوَاتَيْنِ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ لُزُومِ الْحَدِّ وَالْأَغْلَبُ عَلَى النَّاسِ الْحُرِّيَّةُ، أَوْ يُقَالُ: الْأَصْلُ فِيهِمُ الْحُرِّيَّةُ فَيَكُونُ ذَا مِنْ بَابِ تَعَارُضِ الْأَصْلَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ لِمَدْخُولٍ بِهَا: أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ، وَلَمْ يَقْصِدِ بِالثَّانِيَةِ تَأْكِيدًا وَلَا إِيقَاعًا بَلْ أَطْلَقَ النِّيَّةَ. فَقَالَ الْأَصْحَابُ: تَطَلَّقُ اثْنَتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ مَوْضُوعٌ لِلْإِيقَاعِ كَاللَّفْظِ الْأَوَّلِ، وَلِهَذَا يُقَالُ: إِذَا دَارَ الْأَمْرُ بَيْنَ التَّأْسِيسِ وَالتَّأْكِيدِ فَالتَّأْسِيسُ أَوْلَى وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى الْحَمْلِ عَلَى الظَّاهِرِ مَعَ بَقَاءِ الزَّوْجِيَّةِ وَعَدَمِ وَقُوعِ الثَّانِيَةِ وَالثَّلَاثَةِ إِذَا كَرَّرَ ثَلَاثًا فَيَتَوَجَّهُ أَنْ يُخْرِجَ رَوَايَةَ أُخْرَى بِوُقُوعِ الرُّسْتَفْعَانِي مَعَ الْإِطْلَاقِ لِأَنَّهُ الْمُتَيَقَّنُ، وَيَشْهَدُ مَا نَقَلَهُ صَالِحٌ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ، وَقَدْ دَخَلَ بِهَا فَهُوَ عَلَى مَا أَرَادَ إِنْ كَانَ أَرَادَ إِفْهَامَهَا فَهُوَ الَّذِي أَرَادَ وَإِنْ أَرَادَ غَيْرَ ذَلِكَ فَهُوَ عَلَى مَا أَرَادَ فَلَمْ يُوَقِعِ الثَّانِيَةَ بِدُونِ النِّيَّةِ. وَقَدْ حَكَى أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ فِيمَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ بَلْ أَنْتِ طَالِقٌ، وَأَطْلَقَ النِّيَّةَ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدَةٍ فَإِنْ نَوَى بِالثَّانِيَةِ طَلْقَةً أُخْرَى فَهَلْ يَلْزَمُهُ أَمْ لَا؟ عَلَى قَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّهُ إِعَادَةُ اللَّفْظِ الْأَوَّلِ بِعَيْنِهِ فَلَا يَحْتَمِلُ التَّكْرَارَ كَذَلِكَ حَكَى الْقَاضِي عَنْهُ فِي كِتَابِ الرُّوَايَتَيْنِ. وَيَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَكَرَّرَهُ وَأَطْلَقَ النِّيَّةَ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدَةٍ وَهَهُنَا مَسْأَلَةٌ حَسَنَةٌ نَصَّ عَلَيْهَا أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ فِيمَا إِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ بَلْ أَنْتِ طَالِقٌ، قَالَ: هِيَ تَطْلِيقَتَانِ هَذَا كَلَامٌ مُسْتَقِيمٌ وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ لَا بَلْ أَنْتِ طَالِقٌ هِيَ وَاحِدَةٌ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ بَلْ مِنْ حُرُوفِ الْعَطْفِ إِذَا كَانَ بَعْدَهَا مُفْرَدٌ وَهِيَ هُنَا كَذَلِكَ لِأَنَّ اسْمَ الْفَاعِلِ مِنَ الْمُفْرَدَاتِ وَإِنْ كَانَ مُتَحَمِّلًا لِضَمِيرٍ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ يُعْرَبُ، وَالْجُمْلُ لَا تُعْرَبُ، وَلِأَنَّهُ لَا يَقَعُ صِلَةٌ وَلَوْ كَانَ جُمْلَةً لَوَقَعَ صِلَةٌ وَحِينَئِذٍ فَيَكُونُ مَا بَعْدَهُ مَعْطُوفًا عَلَى مَا قَبْلَهُ وَقَدْ أَوْقَعَ قَبْلَهُ وَاحِدَةً ثُمَّ عَطَفَ عَلَيْهَا أُخْرَى فَتَقَعُ اثْنَانِ، كَمَا لَوْ أَتَى بِوَإِوَاءٍ خَلَعْتُ وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ أَحْمَدَ: هَذَا كَلَامٌ مُسْتَقِيمٌ، يَعْنِي أَنَّهُ نُسِقَ بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ كَسَائِرِ الْمَعْطُوفِ بِالْوَاوِ وَثُمَّ وَنَحْوَهُمَا، وَأَمَّا قَوْلُ إِنْ مَا قَبْلَهُ يَصِيرُ مَسْكُوتًا عَنْهُ غَيْرُ مُثَبَّتٍ وَلَا مَنْفِيٍّ فَهَذَا فِيمَا يَقْبَلُ النَّفْيُ بَعْدَ إِثْبَاتِهِ، وَالطَّلَاقُ لَيْسَ كَذَلِكَ فَتَعَيَّنَ إِثْبَاتُ الْأَوَّلِ وَعَطْفُ الثَّانِي عَلَيْهِ. وَأَمَّا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ لَا بَلْ أَنْتِ طَالِقٌ فَقَدْ صَرَّحَ بِنَفْيِ الْأَوَّلِ ثُمَّ أَثْبَتَهُ بَعْدَ نَفْيِهِ فَيَكُونُ الْمُثَبَّتُ هُوَ الْمَنْفِيُّ بِعَيْنِهِ وَهُوَ الطَّلْقَةُ الْأُولَى فَلَا يَقَعُ بِهِ طَلْقَةٌ ثَانِيَةٌ، وَهُوَ قَرِيبٌ مِنْ مَعْنَى الْاسْتِدْرَاكِ كَأَنَّهُ نَسِيَ أَنَّ الطَّلَاقَ الْمَوْقَعَ لَا يَنْفَى فَاسْتَدْرَكَ وَأَثْبَتَهُ لِثَلَاثِ يَتَوَهَّمُ السَّمْعُ أَنَّ الطَّلَاقَ قَدْ ارْتَفَعَ بِنَفْيِهِ فَهَذَا إِعَادَةٌ لِلأَوَّلِ لَا اسْتِنَافٌ طَلَاقٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ: الطَّلَاقُ يَلْزَمُنِي أَوْ أَنْتِ الطَّلَاقُ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ وَاحِدَةٌ أَوْ الثَّلَاثَةُ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ لِأَنَّ الْأَلْفَ وَاللَّامَ قَدْ يَرَادُ بِهَا الْعَهْدُ أَيْ الطَّلَاقُ الْمَعْهُودُ الْمَسْنُونُ وَهُوَ الْوَاحِدَةُ،

وَيُرَادُ بِهَا مُطْلَقُ الْجِنْسِ، وَيُرَادُ بِهَا اسْتِغْرَاقُ الْجِنْسِ لِكِنَّهَا فِي الْاسْتِغْرَاقِ وَالْعُمُومِ أَظْهَرَ
وَالْمُتَيَقِّنُ مِنْ ذَلِكَ الْوَاحِدَةِ، وَالْأَصْلُ بَقَاءُ النِّكَاحِ. وَعَلَى رَوَايَةِ وَقُوعِ الثَّلَاثِ فَلَوْ نَوَى بِهِ مَا
دُونَهَا فَهَلْ يَقَعُ بِهِ مَا نَوَاهُ خَاصَّةً أَوْ يَقَعُ بِهِ الثَّلَاثُ وَيَكُونُ ذَلِكَ صَرِيحًا فِي الثَّلَاثِ؟ فِيهِ
طَرِيقَانِ لِلْأَصْحَابِ، وَلَوْ قَالَ: الطَّلَاقُ يُلْزِمُنِي وَلَهُ أَكْثَرُ مِنْ زَوْجَةٍ، فَإِنْ كَانَ هُنَاكَ نِيَّةٌ أَوْ
سَبَبٌ يَقْتَضِي التَّعْمِيمَ أَوْ التَّخْصِصَ عَمِلَ بِهِ. وَمَعَ فَقْدِ النِّيَّةِ وَالسَّبَبِ خَرَجَهَا بَعْضُ
الْأَصْحَابِ عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ فِي وَقُوعِ الثَّلَاثِ بِذَلِكَ عَلَى الزَّوْجَةِ الْوَاحِدَةِ لِأَنَّ الْاسْتِغْرَاقَ فِي
الطَّلَاقِ يَكُونُ تَارَةً فِي نَفْسِهِ وَتَارَةً فِي مَحَلِّهِ، وَقَدْ فَرَّقَ بَعْضُهُمْ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ عُمُومَ الْمَصْدَرِ
لِأَفْرَادِهِ أَقْوَى مِنْ عُمُومِهِ لِمَفْعُولَاتِهِ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَفْرَادِهِ بِذَاتِهِ عَقْلًا وَلَفْظًا وَإِنَّمَا يَدُلُّ عَلَى
مَفْعُولَاتِهِ بِوَاسِطَةٍ، فَلَفْظُ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ مَثَلًا يَعُمُّ الْأَنْوَاعَ مِنْهُ وَالْأَعْدَادُ أَبْلَغُ مِنْ عُمُومِ
الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ إِذَا كَانَ عَامًّا فَلَا يُلْزَمُ مِنْ عُمُومِهِ لِأَفْرَادِهِ عُمُومُ أَنْوَاعِ مَفْعُولَاتِهِ، ذَكَرَ
ذَلِكَ كُلُّهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ بِمَعْنَاهُ، وَفِي مَوْضِعٍ آخَرَ قَوِي وَقُوعُ الطَّلَاقِ بِجَمِيعِ
الزَّوْجَاتِ دُونَ وَقُوعِ الثَّلَاثِ بِالزَّوْجَةِ الْوَاحِدَةِ وَفَرَّقَ بِأَنَّ وَقُوعَ الثَّلَاثِ بِالْوَاحِدَةِ مُحَرَّمٌ
بِخِلَافِ وَقُوعِ الطَّلَاقِ بِالزَّوْجَاتِ الْمُتَعَدِّدَاتِ، وَقَدْ يُقَالُ: إِنَّ قَوْلَهُ الطَّلَاقُ يُلْزِمُهُ، وَإِنْ كَانَ
صِيغَةً عُمُومٍ لَكِنْ إِذَا لَمْ يَنْوِ عُمُومَهُ كَانَ مُخَصَّصًا بِالشَّرْعِ عِنْدَ مَنْ يُحَرِّمُ جَمْعَ الثَّلَاثِ وَهُوَ
ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ فَتَكُونُ الْمَسْأَلَةُ حَيْثُودَ مِنْ صُورِ التَّخْصِصِ بِالشَّرْعِ وَقَدْ ذَكَرْنَا نَظَائِرَهَا فِي
قَاعِدَةِ سَبَقَتْ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ: زَوْجَتِي طَالِقٌ أَوْ عَبْدِي حُرٌّ وَلَهُ زَوْجَتَانِ وَعَبِيدٌ فَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ يَقَعُ
الطَّلَاقُ وَالْعِتْقُ بِالْجَمِيعِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ عَدَدًا مُعَيَّنًا؛ لِأَنَّ اسْمَ الْجِنْسِ الْمُضَافَ لِلْعُمُومِ فَهُوَ
كَالْجَمْعِ الْمَعْرُوفِ. ذَكَرَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ احْتِمَالًا وَرَجَحَهُ أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ وَالْعِتْقُ مَعَ
إِطْلَاقِ النِّيَّةِ إِلَّا بِوَاحِدٍ لِأَنَّ اللَّفْظَ صَالِحٌ لِلْوَاحِدِ وَالْجَمِيعِ فَحَمَلُهُ عَلَى الْوَاحِدِ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ
الْمُتَيَقِّنُ وَلَوْ كَانَ الْجَمْعُ أَظْهَرَ فِيهِ تَرْجِيحًا لِلْأَصْلِ عَلَى الظَّاهِرِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ لَهُ: عِنْدِي دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ. فَهَلْ يُلْزِمُهُ دِرْهَمَانِ أَوْ ثَلَاثَةٌ؟ عَلَى
وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا أَبُو بَكْرٍ فِي الشَّافِيِّ وَنَزَّلَهُمَا صَاحِبُ التَّلْخِصِ عَلَى تَعَارُضِ الْأَصْلِ
وَالظَّاهِرِ؛ فَإِنَّ الظَّاهِرَ عَطْفُ الثَّلَاثِ عَلَى الثَّانِي وَيَحْتَمِلُ إِرَادَةَ التَّكْرَارِ بِهِ لِأَنَّهُ بِلَفْظِهِ فِيَحْمَلُ
عَلَيْهِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ لِأَنَّهُ الْيَقِينُ، قَالَ: وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ بِالثَّلَاثِ تَكَرُّرَ الثَّانِي قَبْلَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ
لَا حَتَمَالَهُ. وَذَكَرَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ فِي الطَّلَاقِ احْتِمَالًا أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ إِرَادَةَ التَّكْرَارِ وَالتَّأْكِيدِ مَعَ

حَرْفِ الْعَطْفِ لِمُخَالَفَةِ الظَّاهِرِ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ الْعَطْفِ يَقْتَضِي الْمُغَايِرَةَ.

* * *

القاعدة الستون بعد المائة:

تُسْتَعْمَلُ الْقُرْعَةُ فِي تَمْيِيزِ الْمُسْتَحَقِّ إِذَا ثَبَتَ الْاسْتِحْقَاقُ ابْتِدَاءً لِمُبْهَمٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ عِنْدَ تَسَاوِي أَهْلِ الْاسْتِحْقَاقِ. وَيُسْتَعْمَلُ أَيْضًا فِي تَمْيِيزِ الْمُسْتَحَقِّ الْمُعَيَّنِ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ عَنْ اشْتِبَاهِهِ وَالْعَجْزِ عَلَى الْأَطْلَاعِ عَلَيْهِ، وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْأَمْوَالُ وَالْأَبْضَاعُ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَفِي الْأَبْضَاعِ قَوْلٌ آخَرُ: إِنَّهُ لَا تُؤَثَّرُ الْقُرْعَةُ فِي حَلِّ الْمُعَيَّنِ مِنْهَا فِي الْبَاطِنِ وَلَا يُسْتَعْمَلُ فِي إلْحَاقِ النَّسَبِ عِنْدَ الْاشْتِبَاهِ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ وَيُسْتَعْمَلُ فِي حُقُوقِ الْاِخْتِصَاصِ وَالْوَلَايَاتِ وَنَحْوِهَا، وَلَا تُسْتَعْمَلُ فِي تَعْيِينِ الْوَاجِبِ الْمُبْهَمِ مِنَ الْعِبَادَاتِ وَنَحْوِهَا ابْتِدَاءً، وَفِي الْكُفَّارَةِ وَجْهٌ ضَعِيفٌ أَنَّ الْقُرْعَةَ تُمَيِّزُ الْيَمِينَ الْمُنْسِيَّةَ.

وَنَحْنُ نَذْكُرُ هَاهُنَا مَسَائِلَ الْقُرْعَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْمَذْهَبِ مِنْ أَوَّلِ الْفِقْهِ إِلَى آخِرِهِ بِحَسَبِ الْإِمْكَانِ، وَاللَّهُ الْمُؤَفَّقُ.

فَمِنْهَا: إِذَا اجْتَمَعَ مُحْدِثَانِ حَدَّثَا أَكْبَرَ أَوْ أَصْغَرَ وَعِنْدَهُمَا مَا يَكْفِي أَحَدَهُمَا وَلَا اخْتِصَاصَ لِأَحَدِهِمَا بِهِ فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَقْتَرِعَانِ عَلَيْهِ لاسْتِوَائِهِمَا فِي الْحَاجَةِ إِلَيْهِ. وَالثَّانِي: يُقَسِّمُ بَيْنَهُمَا وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا جُنْبًا وَالْآخَرُ مُحْدِثًا حَدَّثَا أَصْغَرَ وَكَانَ الْمَاءُ يَكْفِي كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَيَفْضُلُ عَنْهُ فَضْلَةً لَا تَكْفِي الْآخَرَ فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُوْهٍ:

أَحَدُهَا: الْمُحْدِثُ أَوْلَى لِأَنَّ فَضْلَتَهُ يُمْكِنُ الْجُنْبَ اسْتِعْمَالُهَا بِخِلَافِ فَضْلَةِ الْجُنْبِ فَإِنَّمَا لَا تَرْفَعُ حَدَثَ الْمُحْدِثِ وَلَا شَيْئًا مِنْهُ.

وَالثَّانِي: الْجُنْبُ أَوْلَى لِغِلْظِ حَدَثِهِ. وَالثَّلَاثُ: هُمَا سَوَاءٌ فَيَقْرَعُ بَيْنَهُمَا أَوْ يُعْطِيهِ بَازِلُ الْمَاءِ لِمَنْ شَاءَ مِنْهُمَا. قَالَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ صَوَّرَهَا جَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا فِي مَاءٍ مُبَاحٍ أَوْ مَمْلُوكٍ أَرَادَ مَالِكُهُ بَذْلَهُ لِأَحَدِهِمْ، وَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّ الْمُبَاحَ قَبْلَ وَضْعِ الْأَيْدِي عَلَيْهِ لَا مِلْكَ فِيهِ، وَبَعْدَ وَضْعِ الْأَيْدِي لِلْجَمِيعِ، وَالْمَالِكُ لَهُ وَلَايَةٌ صَرَفِهِ إِلَى مَنْ شَاءَ، قَالَ: وَيَتَصَوَّرُ ذَلِكَ عِنْدِي فِي الْوَصِيَّةِ بِالْمَاءِ لِأَوْلَاهُمْ بِهِ أَنْتَهَى. وَيَتَصَوَّرُ أَيْضًا فِي التَّنْذِرِ لِأَوْلَاهُمْ بِهِ وَالْوَقْفِ عَلَيْهِ وَفِيمَا إِذَا طَلَبَ الْمَالِكُ مَعْرِفَةَ أَوْلَاهُمْ لِيُؤَثِّرَهُ بِهِ وَفِيمَا إِذَا مَا وَرَدُوا عَلَى مُبَاحٍ وَازْدَحَمُوا وَتَشَاخَوْا فِي التَّنَاقُلِ أَوَّلًا.

وَمِنْهَا: إِذَا تَشَاحُوا فِي الْأَذَانِ مَعَ تَسَاوِيهِمُ الْمُرَجَّحَ بِهَا فِيهِ، فَإِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ وَأَبِي طَالِبٍ وَمُحَمَّدِ بْنِ مُوسَى وَاحْتِجَّ بِأَنَّ شَعْدًا أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ فِي الْأَذَانِ يَوْمَ الْقَادِسِيَّةِ وَنَصٌّ فِي رَوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ عَلَى تَقْدِيمِ الْقُرْعَةِ عَلَى اخْتِيَارِ الْجِيرَانِ، وَفِي رَوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي مُوسَى عَلَى أَنَّ الْمُتَعَاهِدَ لِلْمَسْجِدِ بِالْعِمَارَةِ أَحَقُّ.

وَمِنْهَا: إِذَا اجْتَمَعَ عُرَاةٌ وَمَعَ وَاحِدٍ ثَوْبٌ قَدْ صَلَّى فِيهِ اسْتُحِبَّ لَهُ إِعَارَتُهُ لِرُقَاتِهِ فَإِنْ ضَاقَ الْوَقْتُ وَفِيهِمْ مَنْ يَصْلُحُ لِلْإِمَامَةِ اسْتُحِبَّ إِعَارَتُهُ فَيُصَلِّي فِيهِ إِمَامًا وَالْعُرَاةُ خَلْفُهُ، فَإِنْ اسْتَوُوا وَلَمْ يَكُنْ الثَّوْبُ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ، ذَكَرَهُ فِي الْمُغْنَى.

وَمِنْهَا: إِذَا اسْتَوَى اثْنَانِ فِي الصِّفَاتِ الْمُرَجَّحَ بِهَا فِي الْإِمَامَةِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَتَشَاحَا أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا، كَمَا فِي الْأَذَانِ.

وَكَذَلِكَ إِذَا اجْتَمَعَ اثْنَانِ مِنْ أَوْلِيَاءِ الْمَيِّتِ وَاسْتَوَيَا وَتَشَاحَا فِي الصَّلَاةِ عَلَيْهِ أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ وَلِيَ إِمَامَةَ الْمَسْجِدِ رَجُلَانِ صَحَّ وَكَانَا فِي الْإِمَامَةِ سَوَاءً وَابْتِهَامًا سَبَقَ إِلَيْهَا كَانَ أَحَقَّ بِهَا فَإِنْ حَضَرَ مَعَا أُحْتَمِلَ أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا فَيَقْدَمُ مَنْ قُرِعَ لَهُ مِنْهُمَا، وَاحْتَمِلَ أَنْ يَرْجَعَ إِلَى اخْتِيَارِ أَهْلِ الْمَسْجِدِ لِأَحَدِهِمَا ذَكَرَ ذَلِكَ الْقَاضِي فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَدَّمَ مَيِّتَيْنِ إِلَى مَكَانٍ مِنْ مَقْبَرَةٍ مُسَبَّلَةٍ فِي آتٍ وَاحِدٍ وَلَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا هُنَاكَ مَزِيَّةٌ مِنْ أَهْلِ مَدْفُونَيْنِ عِنْدَهُ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا صَرَحَ بِهِ الْأَصْحَابُ.

وَكَذَلِكَ إِذَا دُفِنَ اثْنَانِ فِي قَبْرِ وَاحِدٍ وَاسْتَوَيَا فِي الصِّفَاتِ فَإِنَّهُ يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا إِلَى الْقَبْلَةِ بِالْقُرْعَةِ، كَمَا فَعَلَ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ بِأَمْرَائِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا اجْتَمَعَ مَيِّتَانِ فَبَدَّلَ لَهُمَا كَفَنَانِ وَكَانَ أَحَدُ الْكَفَنَيْنِ أَجْوَدَ مِنَ الْآخَرِ وَلَمْ يُعَيَّنِ الْبَادِلُ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَإِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا؛ لِمَا وَرَدَ فِي السُّنَنِ بِذَلِكَ، فَرَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي الْمُسْنَدِ مِنْ حَدِيثِ الزُّبَيْرِ أَنَّهُ قَالَ: «لَمَّا كَانَ يَوْمُ أَحَدٍ أَقْبَلَتْ صَفِيَّةُ: يَعْنِي أُمُّهُ فَأَخْرَجَتْ ثَوْبَيْنِ مَعَهَا فَقَالَتْ هَذَا ثَوْبَانِ جِئْتُ بِهِمَا لِأَخِي حَمْزَةَ فَكَفَّنُوهُ فِيهِمَا، قَالَ: فَجِئْتُ بِالثَّوْبَيْنِ لِيُكْفَنَ فِيهِمَا حَمْزَةُ فَإِذَا إِلَى جَنْبِهِ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ قَتِيلٌ قَدْ فَعَلَ بِهِ مَا فَعَلَ بِحَمْزَةَ، قَالَ: فَوَجَدْنَا غَضَاضَةً وَحَيَاءً أَنْ يَكْفَنَ حَمْزَةُ فِي ثَوْبَيْنِ وَالْأَنْصَارِيُّ لَا كَفْنَ لَهُ، فَقَالَ: لِحَمْزَةَ ثَوْبٌ وَلِلْأَنْصَارِيِّ ثَوْبٌ، فَقَدَرْنَا هُمَا فَكَانَ أَحَدُهُمَا أَكْبَرَ مِنَ الْآخَرِ فَأَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا فَكَفَّنَا كُلَّ وَاحِدٍ فِي الَّذِي طَارَ لَهُ»، وَقَدْ ذَكَرَهُ الْأَثَرُ لِلْإِمَامِ أَحْمَدَ لَمَّا عَدَّدَ أَحَادِيثَ الْقُرْعَةِ فَعَرَفَهُ أَحْمَدُ وَعَدَّهُ

مَعَهَا وَهَذَا يُشْعِرُ بِأَنَّهُ أَخَذَ بِهِ.

وَمِنْهَا: وَلَوْ اشْتَبَهَ عَبْدُهُ بِعَبْدٍ غَيْرِهِ فَهَلْ يَصِحُّ بَيْعُ عَبْدِهِ الْمُشْتَبِهِ مِنْ مَالِ الْآخَرِ قَبْلَ تَمْيِيزِهِ أَمْ لَا؟ قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: يُحْتَمَلُ أَنْ لَا يَصِحَّ الْعَقْدُ حَتَّى يَقَعَ التَّمْيِيزُ، وَإِمَّاذَا يَقَعُ يُحْتَمَلُ أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا فَيُعَيَّنَ بِالْقُرْعَةِ ثُمَّ يَبِيعُهُ لِأَنَّهُ قَدْ اخْتَلَطَ الْمُسْتَحَقُّ بِغَيْرِهِ وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَقِفَ عَلَى الْمُرَاضَاةِ. وَلَوْ سَلَّمْنَاهُ فَلَأَنَّ الْجَهَالََةَ هُنَا بَغَيْرِ فِعْلِهِ فَعَفِيَ عَنْهَا قَالَ: وَأَجُودُ مَا يُقَالُ فِيهَا: إِنَّهُمَا بَيْعَانِ الْعَبْدَيْنِ وَيَقْتَسِمَانِ الثَّمَنَ عَلَى قِيَمَةِ الْعَبْدَيْنِ كَمَا قُلْنَا: إِذَا اخْتَلَطَ زَيْتُهُ بِزَيْتِ الْآخَرِ وَأَحَدُهُمَا أَجُودُ مِنَ الْآخَرِ أَتَاهُمَا بَيْعَانِ الزَّيْتِ وَيَقْتَسِمَانِ الثَّمَنَ عَلَى قَدْرِ الْقِيَمَةِ انْتَهَى.

وَمِنْهَا: إِذَا ادَّعَى الْوَدِيعَةَ اثْنَانِ فَقَالَ الْمُودِعُ: لَا أَعْلَمُ لِمَنْ هِيَ مِنْكُمَا. فَإِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ قُرِعَ فَصَاحِبُهُ، حَلَفَ وَأَخَذَهَا نَصًّا عَلَيْهِ أَحَدُ، وَهِيَ مِنْ فُرُوعِ مَسْأَلَةِ تَدَاوُعِي عَيْنٍ بِيَدِ ثَالِثٍ يَعْتَرِفُ بِأَنَّهَا لِأَحَدِهِمَا وَسَدَّكُرْهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا سَبَقَ اثْنَانِ إِلَى الْجُلُوسِ بِالْأَمَاكِنِ الْمُبَاحَةِ كَالطَّرِيقِ الْوَاسِعَةِ، وَرَحَابِ الْمَسَاجِدِ وَنَحْوِهَا لِمَعَاشٍ أَوْ غَيْرِهِ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ، وَفِيهِ وَجْهٌ بِتَقْدِيمِ السُّلْطَانِ لِمَنْ يَرَى مِنْهُمَا بِنُوعٍ مِنَ التَّرْجِيحِ.

وَكَذَلِكَ لَوْ اسْتَبَقَا إِلَى مَوْضِعٍ فِي رِبَاطٍ مُسْبَلٍ أَوْ خَانَ، أَوْ اسْتَبَقَ فَقِيهَانِ إِلَى مَدْرَسَةٍ أَوْ صُوفِيَّانِ إِلَى خَانِكَاهِ ذِكْرَهُ الْحَارِثُ وَهَذَا يَتَوَجَّهُ عَلَى أَحَدِ الْإِحْتِمَالَيْنِ اللَّذَيْنِ ذَكَرَهُمَا فِي الْمَدَارِسِ وَالْخَوَانِقِ الْمُخْتَصَّةِ بِوَصْفٍ مُعَيَّنٍ أَنَّهُ لَا يَتَوَقَّفُ الْاسْتِحْقَاقُ فِيهَا عَلَى تَنْزِيلِ نَازِلٍ، فَأَمَّا عَلَى الْوَجْهِ الْآخَرَ وَهُوَ تَوَقُّفُ الْاسْتِحْقَاقِ عَلَى تَنْزِيلِهِ فَلَيْسَ إِلَّا تَرْجِيحُهُ لَهُ بِنُوعٍ مِنَ التَّرْجِيحَاتِ. وَقَدْ يُقَالُ: إِنَّهُ يُرَجَّحُ بِالْقُرْعَةِ مَعَ التَّسَاوِي.

وَمِنْهَا: إِذَا سَبَقَ اثْنَانِ إِلَى مَعْدِنٍ مُبَاحٍ أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الْمُبَاحَاتِ وَضَاقَ الْمَكَانُ إِلَّا عَنْ أَحَدِهِمَا فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَقْتَرَعَانِ عَلَيْهِ اخْتَارَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي. وَالثَّانِي: قَالَهُ الْقَاضِي وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا لِلتَّجَارَةِ هَايَا الْإِمَامَ بَيْنَهُمَا بِالْيَوْمِ أَوْ السَّاعَةِ بِحَسَبِ مَا يَرَى لِأَنَّهُ يَطُولُ، وَإِنْ كَانَ لِلْحَاجَةِ فَاحْتِمَالَاتُ:

أَحَدُهَا: يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا. وَالثَّانِي: يَنْصَبُ مَنْ يَأْخُذُ لَهُمَا ثُمَّ يَقْسِمُ. وَالثَّالِثُ: يُقَدَّمُ مَنْ يَرَاهُ أَحْوَجَ وَأَوْلَى، وَأَمَّا إِنْ وَقَعَتْ أَيْدِيهِمَا عَلَى الْمُبَاحِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ خِلَافٍ وَإِنْ كَانَ فِي كَلَامِ بَعْضِ الْأَصْحَابِ مَا يُوْهِمُ خِلَافَ ذَلِكَ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا اجْتَمَعَ اثْنَانِ بَيْنَ نَهْرٍ مُبَاحٍ لِكُلِّ مِنْهُمَا أَرْضٌ يَحْتَاجُ إِلَى السَّقْيِ مِنْهُ وَكَانَا مُتَقَابِلَيْنِ وَلَمْ يُمْكِنْ قِسْمَةُ الْمَاءِ بَيْنَهُمَا أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا فَقَدِمَ مَنْ لَهُ الْقُرْعَةُ، فَإِنْ كَانَ لَا يَفْضُلُ عَنْ أَحَدِهِمَا سَقَى مَنْ لَهُ الْقُرْعَةُ بِقَدْرِ حَقِّهِ مِنَ الْمَاءِ ثُمَّ تَرَكَهُ لِلْآخَرِ؛ فَإِنَّهُ يُسَاوِيهِ فِي اسْتِحْقَاقِ الْمَاءِ وَلَكِنَّا الْقُرْعَةُ لِلتَّقْدِيمِ فِي اسْتِيفَاءِ الْحَقِّ لَا فِي أَصْلِ الْحَقِّ بِخِلَافِ الْأَعْلَى مَعَ الْأَسْفَلِ فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلْأَسْفَلِ حَقٌّ إِلَّا فِيمَا فَضَلَ عَنِ الْأَعْلَى، وَهَذَا الْمَاءُ بَيْنَهُمَا يَسْتَحِقُّ كُلُّ مِنْهُمَا أَنْ يَأْخُذَ بِقَدْرِ نِسْبَةِ حَقِّهِ مِنْهُ ذَكَرَهُ فِي الْمُعْنَى.

وَمِنْهَا: إِذَا وُصِفَ لِلْقُطْعَةِ نَفْسَانِ فَهَلْ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا أَوْ يُقْرَعُ؟ فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ فَهِيَ لَهُ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا انْقَطَعَ اثْنَانِ طِفْلاً وَتَسَاوَيَا فِي الصِّفَاتِ أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا وَلَمْ يَقْرَ بِأَيْدِيهِمَا جَمِيعاً كَمَا فِي الْحَضَانَةِ، وَإِنْ ادَّعَى نَفْسَانِ انْقِطَاعَ طِفْلٍ فَإِنْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا فَأَقْرَبُ يَدٍ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ فَإِنْ اسْتَوَيَا فِي عَدَمِ الْيَدِ وَلَمْ يَصِفْهُ أَحَدُهُمَا، فَقَالَ الْقَاضِي وَالْآكْثَرُونَ: لَا حَقٌّ لِأَحَدِهِمَا فِيهِ وَيُعْطِيهِ الْحَاكِمُ لِمَنْ شَاءَ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُمَا سَبَبُ الِاسْتِحْقَاقِ وَقَالَ صَاحِبُ الْمُعْنَى: الْأَوَّلَى أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُمَا تَنَازَعَا شَيْئاً فِي يَدِ غَيْرِهِمَا فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ تَنَازَعَا وَدِيعَةً. وَفِيهِ نَظَرٌ. فَإِنَّ الدِّيعَةَ لِمُعَيَّنٍ وَلَا مُدَّعِيٍّ لَهَا سِوَاهُمَا بِخِلَافِ اللَّقِيطِ فَإِنَّ الْحَقَّ لِمَنْ سَبَقَ إِلَيْهِ وَلَمْ يَثْبُتِ السَّبْقُ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا فَصَارَ كَغَيْرِهِمَا، وَلَوْ ادَّعَى اثْنَانِ لِقُطْعَةٍ بَيْنَ أَيْدِيهِمَا كُلُّ مِنْهُمَا يَقُولُ: أَنَا سَبَقْتُ إِلَيْهَا، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ. وَهَذَا فِي الظَّاهِرِ يَخَالِفُ قَوْلَهُ فِي دَعْوَى انْقِطَاعِ الطِّفْلِ إِلَّا أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ اللَّقِطَةَ تَتَوَلَّى إِلَى الْمِلْكِ، فَهِيَ كَتَدَاعِي اثْنَيْنِ مِلْكِيَّةَ عَيْنٍ بَيْنَ أَيْدِيهِمَا لَا يَدَ عَلَيْهَا لِأَحَدٍ كَمَا سَيَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَصَّى لِجَارِهِ مُحَمَّداً وَلَهُ جَارَانِ بِهَذَا الْاسْمِ فَهَلْ تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ، أَوْ تَصِحُّ وَيُمِيزُ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ ذِكْرُهُ مَبْسُوطاً، وَكَذَا سَبَقَ ذِكْرُ مَنْ وَهَبَ أَحَدَ أَوْلَادِهِ وَتَعَدَّرَ الْوُفُوفُ عَلَى عَيْنِهِ أَوْ وَفَّ عَلَيْهِ وَاشْتَبَهَ فِيهِمْ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَوْصَى لِزَيْدٍ بِعَبْدٍ مِنْ عِبِيدِهِ قَالَ الْخُرَقِيُّ يُعْطِي وَاحِدًا مِنْهُمْ بِالْقُرْعَةِ كَمَا لَوْ أَعْتَقَ وَاحِدًا مِنْهُمْ. وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةٍ ابْنُ مَنْصُورٍ أَنَّ لَهُ أَحْسَنَهُمْ يَعْنِي أَذْنَى مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْاسْمُ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَيَقِّنُ، وَلَكِنَّا أَقْرَعْنَا فِي الْعِتْقِ لِأَنَّ الْعِتْقَ حَقٌّ لِلْعَبِيدِ وَقَدْ تَسَاوَوْا فِي اسْتِحْقَاقِهِ فَيُمِيزُ بِالْقُرْعَةِ، وَهَذَا الْحَقُّ لِلْمَوْصَى لَهُ وَلَكِنَّا يَسْتَحِقُّ مَا يَصْدُقُ عَلَيْهِ الْاسْمُ.

وَمِنْهَا: إِذَا مَاتَ الْمُتَوَارِثَانِ وَعِلِمَ أَسْبَقُهُمَا مَوْتًا ثُمَّ نَسِيَ. فَقَالَ الْقَاضِي: لَا يَمْتَنِعُ أَنْ نَقُولَ هُنَا بِالْقُرْعَةِ لَتُعَيِّنَ السَّابِقُ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّ حُكْمَ ذَلِكَ حُكْمٌ مَا لَوْ جَهِلُوا الْحَالَ أَوْ لَأَنَّهُ يُورَثُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْآخَرِ مِنْ تِلَادِ مَالِهِ دُونَ مَا وَرَثَهُ مِنْهُ، وَلَوْ ادَّعَى وَرَثَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِسَبْقِ الْآخَرِ وَلَا بَيِّنَةٍ لَهُمَا، أَوْ تَعَارَضَتِ الْبَيِّنَتَانِ فَفِيهِ أَوْجُهُ:

أَحَدُهَا: يُعَيِّنُ السَّابِقُ بِالْقُرْعَةِ، اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَضَعَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي كِتَابِ الْخِلَافِ.
وَالثَّانِي: يَتَوَارِثَانِ كَمَا لَوْ جَهِلَ الْوَرَثَةُ الْحَالَ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ وَقَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ: هُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ.

وَالثَّلَاثُ: يَحْلِفُ وَرَثَةُ كُلِّ وَاحِدٍ لِإِسْقَاطِ دَعْوَى الْآخَرِ وَلَا يَتَوَارِثَانِ. نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ وَاخْتَارَهُ الْخِرَقِيُّ؛ لِأَنَّ وَرَثَةَ كُلِّ وَاحِدٍ قَدْ عِلِمَ اسْتِحْقَاقَهُ لِلْإِرْثِ، وَغَيْرُهُمْ يَدَّعِي عَلَيْهِمْ اسْتِحْقَاقَ مِشَارَكَةٍ وَهُمْ يُنْكِرُونَ ذَلِكَ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُمْ مَعَ آيْمَانِهِمْ. بِخِلَافِ مَسَائِلِ الْغُرَقِيِّ فَإِنَّ الْوَرَثَةَ مُتَّفِقُونَ فِيهَا عَلَى عَدَمِ الْعِلْمِ بِالسَّابِقِ وَلَيْسَ فِيهِمْ مُدَّعٍ لاسْتِحْقَاقِ انْفِرَادِهِ بِمَالِ مَيِّتِهِ.

وَالرَّابِعُ: وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ فِي كِتَابِ الْخِلَافِ أَنَّهُ يُقْسَمُ الْقَدَرُ الْمُتَنَازِعُ فِيهِ مِنَ الْمِيرَاثِ بَيْنَ مُدَّعِيهِ نَصْفَيْنِ وَعَلَيْهِمَا الْيَمِينُ فِي ذَلِكَ كَمَا لَوْ تَنَازَعَا دَابَّةً فِي أَيْدِيهِمَا.

وَمِنْهَا: إِذَا مَاتَ عَنْ زَوْجَاتٍ وَقَدْ طَلَّقَ إِحْدَاهُنَّ طَلَاقًا يَقْطَعُ الْإِرْثَ أَوْ كَانَ نِكَاحُ بَعْضِهِنَّ فَاسِدًا لَا ثَوْرُثَ فِيهِ، وَجَهِلَ عَيْنَ الْمُطْلَقَةِ وَذَاتَ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ فَإِنَّهَا تُعَيِّنُ بِالْقُرْعَةِ، وَالْمِيرَاثُ لِلْبَوَاقِي نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ.

وَمِنْهَا: الْأَوْلِيَاءُ الْمُسْتَوُونَ فِي النِّكَاحِ إِذَا تَشَاحَرُوا أَفْرَعَ بَيْنَهُمْ فَإِنْ سَبَقَ مَنْ أَخْطَأَتِ الْقُرْعَةُ فَرُوجٌ فَهَلْ يَصِحُّ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ زَوَّجَ وَلَيَّانٍ مِنَ اثْنَيْنِ وَجَهِلَ أَسْبَقُ الْعَقْدَيْنِ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ:
أَحَدُهُمَا: يَمِينُ الْأَسْبَقِ بِالْقُرْعَةِ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ فِيهِ زَوْجَتُهُ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى تَجْدِيدِ عَقْدٍ وَلَا يَحْتَاجُ الْآخَرُ إِلَى طَلَاقٍ هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ وَابْنِ مَتَّصُورٍ وَقَدْ ذَكَرَ هَذِهِ الرِّوَايَةَ فِي هَذَا الْوَجْهِ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ [وَابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُمَا وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ] وَالْخِلَافُ وَالرَّوَايَتَيْنِ وَأَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُمَا: أَنَّ الْآخَرَ يُؤْمَرُ بِالطَّلَاقِ كَمَا يُطْلَقُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ. وَفِيهِ ضَعْفٌ؛ فَإِنَّ هَذَا لَمْ يَتَحَقَّقْ لَهُ نِكَاحٌ مُنْعَقِدٌ بِخِلَافِ النِّكَاحِ نِكَاحًا فَاسِدًا، وَإَيْضًا فَمُجَرَّدُ طَلَاقِهِ بِتَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ نِكَاحُهُ هُوَ السَّابِقُ لَا يُفِيدُ حِلَّ الْمَرْأَةِ

لِلْآخِرِ، فَلِهَذَا قَالَ طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ: يُجَدِّدُ الَّذِي خَرَجَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ النِّكَاحَ لِتَحِلَّ لَهُ يَقِينُ. وَقَدْ حَكَى ذَلِكَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الرُّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَحْمَدَ بْنِ سُلَيْمَانَ النَّجَّادِ ثُمَّ رَدَّهُ بِأَنَّهُ لَا يَبْقَى حَيْثُ تَبَدَّلَ مَعْنَى لِلْقُرْعَةِ فَإِنَّهُ إِذَا أَمَرَ أَحَدَهُمَا بِالطَّلَاقِ وَأَمَرَ الْآخَرَ بِتَجْدِيدِ النِّكَاحِ فَقَدْ خَلَّتِ الْمَرْأَةُ مِنْ زَوْجَيْهِمَا مَعًا، فَلَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ مِنْ شَاءَتْ مِنْهُمَا وَمِنْ غَيْرِهِمَا. وَلَا فَائِدَةَ حَيْثُ تَبَدَّلَ لِلْقُرْعَةِ. وَهَذَا بِعَيْنِهِ قَوْلُ مَنْ يَقُولُ يَفْسَخُ نِكَاحَهُمَا كَمَا سَيَأْتِي.

وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: لَوْ كَانَ الْأَمْرُ كَمَا ذَكَرُوهُ لَمْ يَبْقَ مِنَ الرُّوَايَتَيْنِ فَرْقٌ وَلَا لِلْقُرْعَةِ فَائِدَةٌ، وَلَكِنَّمَا يَجِبُ عَلَى رَوَايَةِ الْقُرْعَةِ أَنْ يُقَالَ: هِيَ زَوْجَةُ الْقَارِعِ بِحَيْثُ يَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهَا وَسُكْنَاهَا، وَلَوْ مَاتَ وَرَثَتُهُ، لَكِنْ لَا يَطُوعُهَا حَتَّى يُجَدِّدَ الْعَقْدَ فَيَكُونَ تَجْدِيدُ الْعَقْدِ يَحِلُّ الْوَطْءَ فَقَطُّ. وَلَعَلَّ هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ، أَوْ يُقَالُ: أَنَّهُ لَا يُحْكَمُ بِالزَّوْجِيَّةِ إِلَّا بِالتَّجْدِيدِ وَيَكُونُ التَّجْدِيدُ وَاجِبًا عَلَيْهِ وَعَلَيْهَا كَمَا كَانَ الطَّلَاقُ وَاجِبًا عَلَى الْآخَرِ، قَالَ: وَلَيْسَ فِي كَلَامِ أَحْمَدَ تَعَرُّضٌ لِطَّلَاقٍ وَلَا لِتَجْدِيدِ الْآخِرِ النِّكَاحِ فَإِنَّ الْقُرْعَةَ جَعَلَهَا الشَّارِعُ حُجَّةً وَبَيِّنَةً تُقَيِّدُ الْحِلَّ ظَاهِرًا كَالشَّهَادَةِ وَالتَّكْوِيلِ وَنَحْوِهِمَا مِمَّا لَا يُوقَفُ مَعَهُ عَلَى حَقِيقَةِ الْأَمْرِ فِي الْبَاطِنِ. وَالْمَجْهُولُ غَيْرُ مُكَلَّفٍ بِهِ الْعِبَادُ بَلْ هُوَ فِي نَظَرِ الشَّرْعِ كَالْمَعْدُومِ مَا دَامَ مَجْهُولًا، وَنَظِيرُ هَذِهِ الرُّوَايَةِ فِي الْقُرْعَةِ أَنَّ الْمَشْهُورَ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّ مَنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنْ زَوْجَاتِهِ ثُمَّ أَنْسَاهَا فَلَيْسَ بِهَا تَعْيِينَ بِالْقُرْعَةِ وَيَحِلُّ لَهُ وَطْءُ الْبَوَاقِي فَكَذَلِكَ هَاهُنَا يُمَيِّزُ النِّكَاحُ الصَّحِيحُ مِنَ الْبَاطِلِ بِالْقُرْعَةِ وَيُقَيِّدُ حِلَّ الْوَطْءِ وَلَا يُقَالُ هُنَاكَ: الْأَصْلُ فِيمَنْ لَمْ يَخْرُجْ عَلَيْهَا الْقُرْعَةُ بَقَاءُ النِّكَاحِ وَلَمْ يَتَيَقَّنْ وَقُوعَ الطَّلَاقِ عَلَيْهَا، وَهَذَا الْأَصْلُ عَدَمُ انْعِقَادِ النِّكَاحِ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَلَا يَبَاحُ الْوَطْءُ بِدُونِ تَيَقُّنِ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ لِأَنَّا نَقُولُ: الْاسْتِصْحَابُ^(١) بَطْلُ يَقِينِ وَقُوعِ الطَّلَاقِ الْمُحَرَّمِ. وَلِهَذَا أَبْطَلَ أَصْحَابُنَا الْاسْتِصْحَابَ فِي مَسْأَلَةِ اشْتِبَاهِ الْمَاءِ الطَّاهِرِ بِالنَّجَسِ وَمَنْعُوا اسْتِعْمَالَ أَحَدِهِمَا بِالتَّحَرِّيِ لِأَنَّ الْاسْتِصْحَابَ زَالَ حُكْمُهُ بِقِيْنِ النَّجَسِ. وَحَيْثُ تَبَيَّنَ الصُّوْرَتَانِ؛ لِأَنَّ فِي إِحْدَاهُمَا اشْتَبَهَتِ الزَّوْجَةَ بِالْمُطَلَّاقَةِ ثَلَاثًا وَفِي الْآخَرَى اشْتَبَهَ الزَّوْجُ بِغَيْرِهِ وَكَوْنُ أَحَدِهِمَا لَهُ أَصْلًا فِي الْحِلِّ دُونَ الْآخَرِ لَا أَثَرُ لَهُ عِنْدَنَا. وَلِهَذَا يُسَوَّى بَيْنَ اشْتِبَاهِ الْبَوْلِ بِالْمَاءِ الطَّاهِرِ وَاشْتِبَاهِ الْمَاءِ النَّجَسِ بِالطَّاهِرِ، وَنَحْنُ نَقُولُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ: لَوْ أَقْرَبَ بَأْنَ وَلَدَ إِحْدَى إِمَائِهِ ابْنَهُ، ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يَعْنَيْهِ بَيْنَ الْقُرْعَةِ وَإِنْ كَانَ حُرًّا الْأَصْلُ. وَاعْلَمْ أَنَّ الْقَاضِي

(١) الاستصحاب: هو استبقاء الأمر الثابت في الزمن الماضي إلى أن يقوم الدليل على تغييره. أصول الفقه الإسلامي - د: زكريا البري - دار النهضة العربية بدون تاريخ ص ١٦٤.

حَكَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ سُلَيْمَانَ النَّجَّادِ أَنَّهُ يُقَرِّعُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فَمَنْ قَرِعَ أَمْرَ صَاحِبِهِ بِالطَّلَاقِ ثُمَّ جَدَّدَ الْآخَرَ نِكَاحَهُ، وَقَرَأَتْ بِخَطِّ الْقَاضِي فِي بَعْضِ مَجَامِعِهِ قَالَ: حَكَى أَبُو الْحَسَنِ الْجَزَرِيُّ قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا عَلِيٍّ النَّجَّادَ عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَ ابْنَتَهُ عَلَى صَدَاقٍ أَلْفٍ دِرْهَمٍ ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ قَبْلَ دُخُولِ الزَّوْجِ بِهَا، فَحَضَرَ ثَلَاثَةَ رِجَالٍ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَقُولُ زَوْجَنِي أَبُوكَ مِنْكَ عَلَى صَدَاقٍ أَلْفٍ دِرْهَمٍ قَبْضَهَا مِنِّي، وَعَدِمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ الْبَيْتَةَ فِي الْحَالِ وَقَالَتِ ابْنَتُ: أَعْلَمُ أَنَّ وَاحِدًا مِنْ هَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةِ تَزَوَّجَنِي يَقِينًا وَلَكِنْ لَا أَعْرِفُهُ عَيْنًا فَقَالَ أَبُو عَلِيٍّ النَّجَّادُ: تَرْفَعُ أَمْرَهَا إِلَى الْحَاكِمِ فَيَجْبِرُ الثَّلَاثَةَ عَلَى أَنْ يَطْلُقَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ طَلْقَةً وَاحِدَةً ثُمَّ يَقْتَرِعُ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ عَلَى الْأَلْفِ فَأَيُّهُمْ كَانَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ أَخَذَ الْأَلْفَ ثُمَّ يَقَالُ لِلْمَرْأَةِ: تَزَوَّجِي أَيُّهُمْ شِئْتَ إِنْ أَحْبَبْتَ فَإِنْ كَانَتْ هَذِهِ الْحِكَايَةُ مُسْتَنَدًا الْقَاضِي فِي الْحِكَايَةِ عَنِ النَّجَّادِ فَقَدْ وَهَمَ فِي تَسْمِيَتِهِ؛ فَإِنَّ الْحِكَايَةَ عَنْ أَبِي عَلِيٍّ وَنَسَبَهَا هُوَ إِلَى أَبِي بَكْرٍ بْنِ سُلَيْمَانَ وَلَيْسَتْ الْمَسْأَلَةُ فِي نِكَاحَيْنِ مُشْتَبِهَيْنِ بَلْ فِي دَعْوَى الْقُرْعَةِ فِيهَا إِمَّا هِيَ لِلْمَالِ لَا لِمَحَلِّ الْبُضْعِ فَلَا يَصِحُّ مَاحِكَاةُ الْقَاضِي عَنْ أَبِي بَكْرٍ النَّجَّادِ بِالْكَلْبَةِ فَلْيُحَقِّقْ ذَلِكَ، وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ يُمْسَخُ النِّكَاحَانِ جَمِيعًا ثُمَّ تَزَوَّجَ مَنْ شَاءَتْ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا إِذَا شَاءَتْ نَقَلَهَا أَبُو الْحَارِثِ وَمُهَنَّا، وَهِيَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ فِي خِلَافِهِ وَالْخَرَقِيِّ. وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَيْنِ. إِحْدَاهُمَا يَبْطُلُ النِّكَاحَانِ. وَالثَّانِيَةُ: يَقَرِّعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ فَهِيَ لَهُ قَالَ: وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ وَأَصَحُّ، وَظَاهِرُهُ أَنَّ النِّكَاحَيْنِ يَبْطُلَانِ مِنْ غَيْرِ فُسْخٍ وَيَشْهَدُ لَهُ مَا نَقَلَهُ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ فِي وَلِيِّنِ زَوْجًا امْرَأَةً لَا تَدْرِي أَيُّهُمَا زَوَّجَ قَبْلَ، قَالَ: مَا أَرَى لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا هَاهُنَا نِكَاحًا، وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ حَكَى ذَلِكَ وَجْهًا وَفِيهِ بِمَا إِذَا أَمَكْنَ وَقُوعُهُمَا مَعًا وَقَدْ جَعَلَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ الْمَذْهَبَ كَذَلِكَ. وَأَمَّا إِنْ عَلِمَ وَقُوعُهُمَا مَعًا فَهُمَا جَمِيعًا بَاطِلَانِ غَيْرُ مُتَعَقِدَيْنِ.

وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَفِي كِتَابِ الرُّوَايَتَيْنِ أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ مَا لَوْ وَقَعَ مُتَرَتِّبَيْنِ وَجْهًا أَسْبَقَهُمَا فِيهِ الرُّوَايَتَانِ. قَالَ أَبُو الْبَرَكَاتِ: وَهَذَا لَا وَجْهَ لَهُ وَلَعَلَّهُ خَرَقُ الْإِجْمَاعِ، فَأَمَّا حُكْمُ الْمَهْرِ فِي هَذَيْنِ النِّكَاحَيْنِ الْمُشْتَبِهَيْنِ فَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُهُ، وَإِنْ فِي وَجُوبِ نِصْفِ الْمَهْرِ عَلَى مَنْ تَخْرُجُ الْقُرْعَةُ عَلَيْهِ مِنْهُمَا وَجْهَيْنِ، فَإِنْ مَاتَتِ الْمَرْأَةُ قَبْلَ الْفُسْخِ فَقَبِي الْمَغْنَى احْتِمَالًا:

أَحَدُهُمَا: يُوقَفُ نِصْفُ مِيرَاثِهَا أَوْ رُبْعُهُ حَتَّى يَصْطَلِحَا عَلَيْهِ. وَالثَّانِي: يَقَرِّعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ حَلَفَ أَنَّهُ الْمُسْتَحَقُّ وَوَرِثَ. قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: وَكِلَا الْوَجْهَيْنِ لَا يَخْرُجُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَأَمَّا الْأَوَّلُ فَلَا نَأْتِيهِ لَا نَفْهُ الْخُصُومَاتِ قَطْ. وَأَمَّا الثَّانِي فَكَيْفَ يَحْلِفُ

مَنْ قَالَ: لَا أَعْرِفُ الْحَالَ؟، وَإِنَّمَا الْمَذْهَبُ عَلَى رَوَايَةِ الْقُرْعَةِ: أَيُّهُمَا قَرَعَهُ فَلَهُ الْمِيرَاثُ بِلاَ يَمِينٍ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِنَا لَا يُقْرَعُ، فَإِذَا قُلْنَا: إِنَّهَا تَأْخُذُ مِنْ أَحَدِهِمَا نِصْفَ الْمَهْرِ بِالْقُرْعَةِ فَكَذَلِكَ يَرْتَبِعُ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى، وَأَمَّا إِنْ قُلْنَا: لَا مَهْرَ فَهَذَا قَدْ يُقَالُ: بِالْقُرْعَةِ أَيْضًا انْتَهَى. وَإِنْ مَاتَ الزَّوْجَانِ جَمِيعًا فَلَهَا رُبْعُ مِيرَاثِ أَحَدِهِمَا فَإِنْ اتَّفَقَتْ مَعَ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ قَبْلَ مَوْتِهِ أَوْ مَعَ وَرَثَتِهِ أَنَّهُ هُوَ السَّابِقُ فَالْمِيرَاثُ لَهَا مِنْهُ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ، وَإِنْ ادَّعَتْ أَنَّ أَحَدَهُمَا هُوَ السَّابِقُ وَأَنَّكَرَ هُوَ أَوْ وَرَثَتُهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ مَعَ أَيْمَانِهِمْ. فَإِنْ نَكَلُوا قَضَى عَلَيْهِمْ وَإِنْ لَمْ تُقَرَّ الْمَرْأَةُ بِسَبْقِ أَحَدِهِمَا فِي الْمُغْنَى احْتِمَالًا:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَحْلِفَ وَرَثَةُ كُلِّ مِنْهُمَا وَيَبْرَأَ. وَالثَّانِي: يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ فَلَهَا رُبْعُ مِيرَاثِهِ وَهَذَا الْوَجْهَ الثَّانِي يَتَعَيَّنُ فِيهَا إِذَا أَنْكَرَ الْوَرَثَةُ الْعِلْمَ بِالْحَالَ، وَيَشْهَدُ لَهُ نَصُّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ حَنْبَلٍ وَغَيْرِهِ فِيمَنْ زَوَّجَ إِحْدَى بَنَاتِهِ مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ مَاتَ الْآبُ ثُمَّ مَاتَ الزَّوْجُ وَلَمْ يُعْلَمْ عَيْنُ الزَّوْجَةِ أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُنَّ فَابْتِهَنَّ أَصَابَتْهَا الْقُرْعَةُ فِيهِ الَّتِي تَرْتَبِعُ، وَقَدْ ذَكَرَ ذَلِكَ صَاحِبُ الْمُغْنَى أَيْضًا فِيهَا إِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ السَّابِقُ بِالْعَقْدِ وَلَمْ يُقَرَّ الْوَاحِدُ مِنْهُمَا بِذَلِكَ ثُمَّ مَاتَا أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، وَيَكُونُ لَهَا مِيرَاثٌ مِنْ تَقَعِ الْقُرْعَةُ عَلَيْهِ وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ خِلَافًا.

وَمِنْهَا: إِذَا أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ ثُمَّ طَلَّقَ الْجَمِيعَ ثَلَاثًا فَالْمَشْهُورُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ يَخْرُجُ مِنْهُنَّ أَرْبَعٌ بِالْقُرْعَةِ فَيَكُنَّ الْمُخْتَارَاتُ وَلَهُ نِكَاحُ الْبَوَاقِي بَعْدَ عِدَّةِ الْأَرْبَعِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ اخْتِيَارٌ وَالْقُرْعَةُ لَهَا مَدْخَلٌ فِي تَعْيِينِ الْمُطْلَقَاتِ الْمُبْهَمَاتِ فَيُمَيِّزُنَ بِالْقُرْعَةِ وَيُحْكَمُ بِاخْتِيَارِهِنَّ وَيَنْفَسَخُ نِكَاحُ الْبَوَاقِي بِغَيْرِ طَلَاقٍ فَيَبَاحُ لَهُ نِكَاحُهُنَّ بِدُونِ زَوْجٍ وَإِصَابَةٍ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الْبَوَاقِي. وَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ: يُطْلَقُ الْجَمِيعُ ثَلَاثًا لِأَنَّ نِكَاحَهُنَّ ثَابِتٌ لَمْ يُحْكَمْ بِفَسَادِهِ فَيُلْحَقُهُنَّ الطَّلَاقُ الثَّلَاثُ فَلَا يَنْكَحُ شَيْئًا مِنْهُنَّ إِلَّا بَعْدَ زَوْجٍ وَإِصَابَةٍ. وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى أَنَّ الطَّلَاقَ فُسْخٌ وَلَيْسَ بِاخْتِيَارٍ وَلَكِنْ يُلْزَمُ مِنْهُ أَنْ يَكُونَ لِلرَّجُلِ فِي الْإِسْلَامِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعِ زَوَاجَاتٍ يَتَصَرَّفُ فِيهِنَّ بِخَصَائِصِ مِلْكِ النِّكَاحِ مِنَ الطَّلَاقِ وَغَيْرِهِ وَهُوَ بَعِيدٌ، وَاخْتِيَارُ الشَّيْخِ تَقِيٍّ الدِّينِ أَنَّ الطَّلَاقَ هُنَا فُسْخٌ وَلَا يُحْسَبُ مِنَ الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ وَلَيْسَ بِاخْتِيَارٍ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا فَإِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُنَّ فَيُورَثُ أَرْبَعٌ مِنْهُنَّ بِالْقُرْعَةِ، وَأَمَّا الْعِدَّةُ فَبَيْنَهُمَا وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: عَلَى الْجَمِيعِ عِدَّةُ الْوَفَاةِ قَالَهُ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ لِأَنَّهُ مَاتَ وَالْكُلُّ مُحْبُوسَاتٌ عَلَى نِكَاحِهِ فَكَانَ عَلَيْهِنَّ عِدَّةُ الْوَفَاةِ، وَإِسْلَامُهُ لَمْ يُوجِبِ الْيَتُونَةَ فِي الزَّائِدِ عَلَى الْأَرْبَعِ بَلْ

الْيَتُونَ تَقِفُ عَلَى اخْتِيَارِهِ فَإِذَا اخْتَارَ فِي حَيَاتِهِ أَرْبَعًا فَعِدَّةُ الْبَوَاقِي مِنْ حِينَ الْاِخْتِيَارِ عَلَى الْمَشْهُورِ لَا مِنْ حِينَ الْإِسْلَامِ.

وَالثَّانِي: وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ وَابْنِ عَقِيلٍ وَصَاحِبِ الْمُغْنِيِّ أَنَّ عَلَيْهِنَّ أَطُولُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ عِدَّةِ الْوَفَاةِ وَعِدَّةِ الْوُطْءِ وَعَلَّلُوهُ بِأَنَّ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ زَوَاجَاتٌ وَالْبَوَاقِي مَوْطُوَاتٌ بِشَبْهَةٍ فَيَجِبُ عَلَى الْجَمِيعِ أَطُولُ الْعِدَّتَيْنِ لِتَبَرَأَ الذِّمَّةُ مِنَ الْعِدَّةِ الْوَاجِبَةِ بَيَقِينَ، وَهَذَا لَا يَخْرُجُ إِلَّا عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ الْيَتُونَ ثَبَتَتْ بِالْإِسْلَامِ وَتَتَبَيَّنُ بِالْاِخْتِيَارِ فَإِذَا اخْتَارَ أَرْبَعًا فَعِدَّةُ الْبَوَاقِي مِنْ حِينَ إِسْلَامِهِ، وَأَمَّا إِذَا قُلْنَا: عِدَّتُهُنَّ مِنْ حِينَ اخْتِيَارِهِ فَهِنَّ زَوَاجَاتٌ لَهُ حَتَّى يَخْتَارَ فَلَا يَتَوَجَّهُ أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِنَّ سِوَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ إِلَّا أَنْ يُقَالَ إِنَّ نِكَاحَهُنَّ فِي حُكْمِ الْفَاسِدِ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ اسْتِدَامَتُهُ بِحَالٍ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ لَهُ خَصَائِصُ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَيُجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ النِّكَاحَ الْفَاسِدَ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْمَوْتُ أَوْجَبَ عِدَّةَ الْوَفَاةِ عَلَى الْمَنْصُوصِ فَهَذَا أَوْلَى. وَيَلْتَحِقُ بِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَا إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مُبْهَمَةً أَوْ مُعَيَّنَةً ثُمَّ أَنْسَاهَا ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ الْفُرْعَةِ فَإِنَّا نُفَرِّعُ بَيْنَهُنَّ وَتَخْرُجُ الْمُطَلَّقَةُ بِالْفُرْعَةِ وَيُورَثُ الْبَوَاقِي كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ، وَأَمَّا الْعِدَّةُ فَذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ عِدَّةُ الْوَفَاةِ إِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهِنَّ يَسْقُطُ الْفَرَضُ بَيَقِينَ وَإِنْ دَخَلَ بِهِنَّ لَزِمَهُنَّ أَطُولُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ عِدَّةِ الطَّلَاقِ وَمِنْ حِينِهِ وَعِدَّةُ الْوَفَاةِ مِنْ حِينِهَا؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ يُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ مُطَلَّقَةً وَأَنْ تَكُونَ زَوْجَةً، فَلَا تَبَرَأُ الذِّمَّةُ بِدُونِ ذَلِكَ وَهَذَا يُخَالِفُ الْمَنْصُوصَ عَنْ أَحْمَدَ فَإِنَّهُ نَصَّ فِي رَوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّهُ يُفَرِّعُ بَيْنَهُنَّ فَاتِيَهُنَّ أَصَابَتْهُمَا الْفُرْعَةُ لَمْ تُورَثْ وَلَمْ تَعْتَدْ، وَمَرَادُهُ أَنَّهُمَا لَمْ تَعْتَدْ عِدَّةَ الْوَفَاةِ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْعِدَّةَ تَابِعَةٌ لِلْمِيرَاثِ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ فَمَنْ خَرَجَتْ لَهَا فُرْعَةُ الطَّلَاقِ فَلَيْسَ عَلَيْهَا سِوَى عِدَّةِ الطَّلَاقِ مِنْ حِينِهَا، وَعَلَى الْبَوَاقِي عِدَّةُ الْوَفَاةِ مِنْ حِينِهَا؛ لِأَنَّ الْفُرْعَةَ بَيْنَهُ شَرْعِيَّةٌ وَقَدْ حَكَمْنَا بِحِلِّ الْبُضْعِ بِهَا كَمَا سَبَقَ فَجَازَ أَنْ يَتَّبِعِيَ عَلَيْهَا حُكْمُ الْعِدَّةِ لِأَنَّهَا مِنْ تَوَاقِعِ الطَّلَاقِ وَلَوْ أَرَادَ، فَعَلَى هَذَا الْمَنْصُوصِ يَتَخَرَّجُ فِي مَسْأَلَةٍ مَنْ أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعٍ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُنَّ أَنْ يُفَرِّعَ بَيْنَ أَرْبَعٍ مِنْهُنَّ فَيَكُنَّ الْمُخْتَارَاتِ وَتَلْزِمُهُنَّ عِدَّةُ الْوَفَاةِ مِنْ حِينِهَا وَيَلْزَمُ السَّهْوَكَةُ عِدَّةُ الْوُطْءِ مِنْ حِينَ الْإِسْلَامِ إِذَا قُلْنَا: إِنَّ عِدَّتَهُنَّ مِنْ حِينَ الْإِسْلَامِ وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي عَلَى الْجَمِيعِ أَطُولُ الْأَجَلَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَصْدَقَ الزَّوْجَةُ عَبْدًا مِنْ عِيْدِهِ فَحَكَى طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالْقُرْعَةِ. وَالثَّانِيَةُ: لَهَا الْوَسْطُ مِنْهُمْ وَخَرَجَ ابْنُ عَقِيلٍ فِيهَا وَجْهَيْنِ
 آخَرَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُعْطِيهَا مَا يَخْتَارُهُ هُوَ. وَالثَّانِي: يُعْطِي مَا تَخْتَارُهُ هِيَ، وَاخْتَارَ أَنَّهُمْ إِنْ
 تَسَاوَوْا فَلَهَا وَاحِدٌ بِالْقُرْعَةِ وَإِلَّا فَلَهَا الْوَسْطُ، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي ذَلِكَ مَا نَقَلَهُ مُهَنَّادٌ
 فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى عَبْدٍ مِنْ عِيْدِهِ، فَقَالَ: أُعْطِيهَا مِنْ أَحْسَنِهِمْ؟ قَالَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ
 وَلَكِنْ يُعْطِيهَا مِنْ أَوْسَطِهِمْ فَقُلْتُ لَهُ: تَرَى أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمْ؟ قَالَ: نَعَمْ، فَقُلْتُ: تَسْتَقِيمُ الْقُرْعَةُ
 فِي هَذَا؟ قَالَ: نَعَمْ، يُقْرَعُ بَيْنَ الْعِيْدِ. وَتَأَوَّلَ أَبُو بَكْرٍ هَذَا عَلَى أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَى عَبْدٍ مُعَيَّنٍ
 وَاشْتَبَهَ. قَالَ الْقَاضِي: وَلَا يَصِحُّ هَذَا التَّأْوِيلُ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: يُعْطِي وَسَطَهُمْ، وَلَوْ كَانَ مُعَيَّنًا لَمْ
 يَعتَبِرِ الْوَسْطَ وَنَقَلَ عَنْهُ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ: يَقُومُ الْخَادِمُ وَسَطًا عَلَى قَدَرٍ مَا يُخْدَمُ مِثْلَهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا دَعَاهُ اثْنَانِ إِلَى وَكِيْمَةٍ عُرْسٍ وَاسْتَوَيَا فِي الصِّفَاتِ الْمُرْجَّحَةِ أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا.

وَمِنْهَا: إِذَا زُفَّتْ إِلَيْهِ امْرَأَتَانِ مَعًا فَإِنَّهُ يُقَدِّمُ أَحَدَهُمَا بِالْقُرْعَةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَرَادَ السَّقَرُ بِأَحَدِي زَوْجَاتِهِ أَوْ الْبُدَاءَةَ بِهَا لَمْ يَجْزُ بِدُونِ قُرْعَةٍ إِلَّا أَنْ يَرْضَى

الْبَوَاقِي بِذَلِكَ.

وَمِنْهَا: لَوْ طَلَّقَ امْرَأَةً مِنْ نِسَائِهِ مُبْهَمَةً بِأَنْ قَالَ لَا مِرَاتِيهِ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ وَلَمْ يَنْوِ مُعَيَّنًا فَإِنَّهُ
 يُعَيَّنُ الْمَطْلُوقَةَ بِالْقُرْعَةِ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ، وَفِيهِ رِوَايَةٌ
 ثَانِيَةٌ أَنْ لَهُ تَعْيِينُهَا بِاخْتِيَارِهِ، وَتَوَقَّفَ أَحْمَدُ مَرَّةً فِيهَا فِي رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ.

وَمِنْهَا: إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مُعَيَّنَةً مِنْ نِسَائِهِ ثُمَّ أَنْسِيَهَا أَوْ جَهَلَهَا ابْتِدَاءً كَمَنْ قَالَ: إِنْ كَانَ هَذَا
 الطَّائِرُ غُرَابًا قَفْلَانَةٌ طَالِقٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا فَقَفْلَانَةٌ طَالِقٌ، فَطَارَ وَلَمْ يَعْرِفْ مَا كَانَ فَالْمَشْهُورُ
 أَيْضًا أَنَّهَا تُعَيَّنُ بِالْقُرْعَةِ وَيَحِلُّ لَهُ الْبَوَاقِي. كَمَا أَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ أَمَةً مِنْ إِمَائِهِ وَأَنْسِيَهَا عَيْنَهَا بِالْقُرْعَةِ
 وَحَلَّ لَهُ الْبَوَاقِي لِأَنَّ الْقُرْعَةَ قَامَتْ مَقَامَ الشَّاهِدِ وَالْمُخْبِرِ لِلضَّرُورَةِ، وَالشَّارِعُ لَمْ يَكْلَفْ
 الْعِبَادَ بِمَا فِي نَفْسِ الْأَمْرِ بَلْ بِمَا ظَهَرَ وَبَدَأَ وَإِنْ كَانَ مُخَالَفًا لِمَا فِي نَفْسِ الْأَمْرِ، وَالْمَجْهُولُ
 كَالْمَعْدُومِ مَا دَامَ مَجْهُولًا فَإِذَا عَلِمَ ظَهَرَ حُكْمُهُ كَالاجْتِهَادِ مَعَ النَّصِّ وَالتَّيْمُنِ مَعَ الْمَاءِ، وَقَدْ
 نَصَّ أَحْمَدُ صَرِيحًا عَلَى هَذَا فِي رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ وَعَنْ أَحْمَدَ: لَا يُقْرَعُ بَلْ يُوقَفُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ،
 قَالَ الشَّالَنْجِي^(١): سَأَلْتُ أَحْمَدَ عَنِ الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امْرَأَةً مِنْ نِسَائِهِ وَلَا يَعْلَمُ أَيُّهُنَّ طَلَّقَ؟ قَالَ:
 أَكْرَهُ أَنْ أَقُولَ فِي الطَّلَاقِ بِالْقُرْعَةِ. قُلْتُ: أَرَأَيْتَ إِنْ مَاتَ هَذَا؟ قَالَ: أَقُولُ بِالْقُرْعَةِ، أَيْ لِأَجْلِ

(١) هو إسماعيل بن سعيد الشالنجي من فقهاء الحنابلة وكان من أصحاب ابن حنبل رضى الله عنه. طبقات
 الحنابلة (١/٣٢٢).

الْمِيرَاثِ بَعْدَ الْمَوْتِ. وَهَذِهِ اخْتِيَارُ صَاحِبِ الْمُغْنِي، وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ، وَعَلَيْهِ فَلَوْ ذَكَرَ أَنَّ الْمُطْلَقَةَ غَيْرَ مَنْ أَصَابَهَا الْقُرْعَةُ وَأَنَّهُ بِذِكْرِ ذَلِكَ لَزِمَهُ الطَّلَاقُ فِيهَا. وَهَلْ تَرْجِعُ الَّتِي وَقَعَتْ عَلَيْهَا الْقُرْعَةُ؟ تَوَقَّفَ فِيهِ أَحْمَدُ مَرَّةً. وَقَالَ فِي رِوَايَةِ الْمِمْوْنِيِّ: إِنْ كَانَتْ تَزَوَّجَتْ لَمْ تَرْجِعْ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الزَّوْجِ الثَّانِي تَعَلَّقَ بِهَا فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِي إِسْقَاطِ حَقِّهِ وَفَسْخِ نِكَاحِهِ، وَإِنْ لَمْ تَزَوَّجْ فَإِنْ كَانَتْ الْقُرْعَةُ بِفِعْلِ الْحَاكِمِ لَمْ تَرْجِعْ إِلَيْهِ أَيْضًا نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْمِمْوْنِيِّ أَيْضًا. قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى: وَهُوَ يَرْجِعُ إِلَى أَنَّ حُكْمَ الْحَاكِمِ لَهُ تَأْثِيرٌ فِي التَّحْرِيمِ. وَفِيمَا قَالَهُ نَظَرٌ، بَلْ الظَّاهِرُ أَنَّهُ يَرْجِعُ أَنَّ فِعْلَ الْحَاكِمِ حُكْمٌ فَلَا يَقْبَلُ قَوْلَ الزَّوْجِ فِيمَا يَرْفَعُ فِعْلَ الْحَاكِمِ لِأَنَّ تَعْلِيلَ حُكْمِ الْحَاكِمِ كَتَعْلِيلِ حُكْمِ الزَّوْجِ وَأَوَّلَى، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ الْقُرْعَةُ مِنَ الْحَاكِمِ رَجَعَتْ إِلَيْهِ. نَصٌّ عَلَيْهِ أَيْضًا لِأَنَّ إِخْبَارَهُ بِذَلِكَ مَقْبُولٌ قَبْلَ الْقُرْعَةِ فَكَذَلِكَ بَعْدَهَا إِلَّا أَنَّ يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ حَقِّ لِعَیْرِهِ وَلَمْ يُوْجَدْ ذَلِكَ هُنَا، وَعَنْ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ حَامِدٍ لَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ مَتَّهَمٌ فِي نَفْيِ الطَّلَاقِ عَنْهَا فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ رَأَى رَجُلَانِ طَائِرًا فَقَالَ أَحَدُهُمَا إِنْ كَانَ غُرَابًا فَأَمْرَانِي طَائِرٌ ثَلَاثًا وَقَالَ الْآخَرُ إِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا فَأَمْرَانِي طَائِرٌ ثَلَاثًا فَبَيِّنْ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَبْنِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى يَقِينِ نِكَاحِهِ وَلَا يَحْكُمُ عَلَيْهِ بِالطَّلَاقِ لِأَنَّهُ مُتَيَقِّنٌ لِجُلِّ زَوْجَتِهِ شَاكٌّ فِي تَحْرِيمِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الزَّوْجَتَانِ لِرَجُلٍ وَاحِدٍ فَإِنَّهُ تَيَقَّنَ زَوَالَ النِّكَاحِ فِي أَحَدَى زَوْجَتَيْهِ فَلِلَّذَلِكَ عَيَّنَتْ بِالْقُرْعَةِ وَهَذَا اخْتِيَارُ الْقَاضِي وَأَبِي الْخَطَّابِ وَكَثِيرٍ مِنَ الْمُتَأَخِّرِينَ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ طَلَّقَتْ زَوْجَتَهُ كَمَا لَوْ كَانَا لِرَجُلٍ وَاحِدٍ وَهُوَ اخْتِيَارُ الشَّيْخِ الرَّازِي فِي الْإِبْضَاحِ وَابْنِ عَقِيلٍ وَالْحَلَوَانِيُّ وَفِي الْجَامِعِ لِلْقَاضِي أَنَّهُ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ وَعَلَى الْأَوَّلِ فَمَنْ اعْتَقَدَ خَطَأً الْآخَرَ دُونَهُ حَلَّ الْوُطْءِ وَإِنْ شَكَّ وَتَرَدَّدَ كَفَّ عَنْهُ وَجُوبًا عِنْدَ الْقَاضِي. وَوَرَعًا عِنْدَ ابْنِ عَقِيلٍ وَالْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَا رَوَاهُ ابْنُهُ عَبْدُ اللَّهِ أَنَّهُ قَالَ: يَعْتَزَّلَانِ نِسَاءَهُمَا حَتَّى يَتَيَقَّنَ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ حُكْمًا لَوْفُوعِ الطَّلَاقِ عَلَى أَحَدِهِمَا وَلَكِنْ لَمْ تُخْرِجْهُ بِالْقُرْعَةِ كَمَا رَوَاهُ الشَّالَنْجِيُّ عَنْهُ وَيَحْتَمِلُ وَهُوَ الْأَظْهَرُ أَنَّهُ مَنَعَ مِنَ الْوُطْءِ خَاصَّةً كَمَا قَالَ الْقَاضِي.

قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: تَأَمَّلْتُ نُصُوصَ أَحْمَدَ فَوَجَدْتُهُ يَأْمُرُ بِاعْتِزَالِ الرَّجُلِ امْرَأَتَهُ فِي كُلِّ يَمِينٍ حَلَفَ الرَّجُلُ عَلَيْهَا بِالطَّلَاقِ وَهُوَ لَا يَدْرِي أَهْوَا بَارَ فِيهَا أَمْ لَا؟ حَتَّى يَسْتَيَقِّنَ أَنَّهُ بَارَ فَإِنْ

لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ بَارٌّ اعْتَزَلَهَا أَبَدًا، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ بَارٌّ فِي وَقْتٍ وَشَكَ فِي وَقْتٍ اعْتَزَلَهَا وَقْتُ الشَّكِّ. وَحَاصِلُهُ أَنَّهُ مَتَى عَلِقَ الطَّلَاقَ بِشَرْطٍ وَأَمَكْنَ وَجُودُهُ فَإِنَّهُ يَعْتَزِلُ امْرَأَتَهُ حَتَّى يُعْلَمَ انْتِفَاؤُهُ. نَصٌّ عَلَى فُرُوعِ هَذَا الْأَصْلِ فِي مَوَاضِعَ:

مِنْهَا: إِذَا قَالَ إِنْ كُنْتُ حَامِلًا فَأَنْتِ طَالِقٌ يَعْتَزِلُهَا حَتَّى يَتَبَيَّنَ الْحَمْلُ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَكَّلَ وَكِيلاً فِي طَلَاقِ امْرَأَتِهِ يَعْتَزِلُهَا حَتَّى يَدْرِيَ مَا يَفْعَلُ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ لَيْلَةَ الْقَدْرِ يَعْتَزِلُهَا إِذَا دَخَلَ الْعَشْرُ الْأَوَّخِرُ لِإِمْكَانِ أَنْ يَكُونَ أَوَّلَ لَيْلَةٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ مَوْتِي بِشَهْرٍ فَإِنَّهُ يَعْتَزِلُهَا مُطْلَقًا نَقْلَهُ عَنْهُ مُهَنَّاءُ وَمِنْهَا: مَسْأَلَةٌ إِنْ كَانَ الطَّائِرُ غُرَابًا، وَهِيَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ.

وَمِنْ مَسَائِلِ الْقُرْعَةِ: إِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ إِنْ وَلَدَتْ ذَكَرًا فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَقَةً وَإِنْ وَلَدَتْ أُنْثَى فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَقَتَيْنِ فَوَلَدَتْ ذَكَرًا وَأُنْثَى مُتَعَايِينَ وَأَشْكَلَ السَّابِقُ مِنْهُمَا فَوَجَّهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَقَعُ بِهَا وَاحِدَةٌ لِأَنَّهُ الْمُتَيَقَّنُ وَالزَّائِدُ عَلَيْهِ مَشْكُوكٌ فِيهِ فَيَلْغَى كَمَا لَوْ طَلَّقَ وَشَكَ هَلْ طَلَّقَ وَاحِدَةً أَوْ اثْنَتَيْنِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ وَرَجَّحَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ.

وَالثَّانِي: يُعَيَّنُ الْوَاقِعُ مِنْهُمَا بِالْقُرْعَةِ قَالَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ لِأَنَّهُ تَيَقَّنَ وَقُوعَ أَحَدِ الْمُتَعَلِّقَيْنِ وَشَكَ فَمَيَّزَ بِالْقُرْعَةِ كَمَا لَوْ تَيَقَّنَ وَقُوعَ طَلَاقِ إِحْدَى الزَّوْجَتَيْنِ وَشَكَ فِي عَيْنِهَا، وَمَأْخُذُ الْخِلَافِ أَنَّ الْقُرْعَةَ لَا مَدْخَلَ لَهَا فِي إِنْحَاقِ الطَّلَاقِ لِأَحَدِ الْأَعْيَانِ الْمُشْتَبِهَةِ فَمَنْ قَالَ: بِالْقُرْعَةِ هُنَا جَعَلَهَا لِتُعَيَّنَ إِحْدَى الصِّفَتَيْنِ وَجَعَلَ وَقُوعَ الطَّلَاقِ لَازِمًا لِذَلِكَ وَمَنْ مَنَعَهَا نَظَرَ إِلَى الْقَصْدِ بِهَا هُنَا هُوَ اللَّازِمُ وَهُوَ الْوُقُوعُ وَلَا مَدْخَلَ لِلْقُرْعَةِ فِيهِ وَهَذَا أَظْهَرُ.

وَمِنْ غَرَائِبِ مَسَائِلِ الْقُرْعَةِ فِي الطَّلَاقِ: إِذَا قَالَ لِرُؤُوسَاتِهِ الْأَرْبَعِ: أَيُّكُنَّ لَمْ أَطَاهَا اللَّيْلَةَ فَصَوَّاحِبَاتُهَا طَوَّاقٌ وَلَمْ يَطَّأْ تِلْكَ اللَّيْلَةَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ فَالْمَشْهُورُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ أَنَّهُنَّ يُطْلَقْنَ ثَلَاثًا ثَلَاثًا؛ لِأَنَّ شَرْطَ الطَّلَاقِ وَهُوَ خُلُوعُ الْوِطْءِ فِي اللَّيْلَةِ قَدْ تَحَقَّقَ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْهَا فَإِذَا بَقِيَ جُزْءٌ مِنْهَا لَا يَتَسَعُّ لِلْإِبْلَاجِ تَحَقَّقَ شَرْطُ طَلَاقِ الْجَمِيعِ دُفْعَةً وَاحِدَةً فَيُطْلَقُ الْجَمِيعُ ثَلَاثًا ثَلَاثًا لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ ثَلَاثُ صَوَّاحِبَاتٍ لَمْ يَطَّاهُنَّ فَاجْتَمَعَتْ شُرُوطُ وَقُوعِ الثَّلَاثِ عَلَيْهَا. وَحَكَى أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ فِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَيْنِ عَنِ الْأَصْحَابِ: أَحَدُهُمَا هَذَا. وَالْآخَرُ: وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ أَوَّلًا وَجَزَمَ بِهِ أَنَّ إِحْدَاهُنَّ تَطْلُقُ ثَلَاثًا وَالْبَاقِي يُطْلَقْنَ اثْنَتَيْنِ اثْنَتَيْنِ، وَعَلَّلَهُ بِأَنَّهُ لَمَّا امْتَنَعَ عَنِ الْأُولَى طَلَقَتْ الثَّلَاثُ وَاحِدَةً وَاحِدَةً فَلَمَّا امْتَنَعَ عَنِ الثَّانِيَةِ طَلَقَتْ الْأُولَى

وَاحِدَةً وَالثَّلَاثَةَ وَالرَّابِعَةَ ثِنْتَيْنِ ثِنْتَيْنِ فَلَمَّا امْتَنَعَ عَنِ الثَّلَاثَةِ طَلَّقَتْ الْأُولَى اثْنَتَيْنِ وَالثَّانِيَةَ اثْنَتَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ كَذَلِكَ وَبَانَتِ الرَّابِعَةُ فَلَمَّا امْتَنَعَ عَنِ الرَّابِعَةِ امْتَنَعَ عَنْهَا وَهِيَ غَيْرُ زَوْجَةٍ فَلَمْ يَقَعْ بِالْامْتِنَاعِ فِيهَا طَلَاقٌ فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ يَنْبَغِي أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُنَّ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهَا قُرْعَةُ الثَّلَاثِ حَرُمَتْ بِدُونِ زَوْجٍ وَإِصَابَةٍ، وَمَلَكَ رَجْعَةَ الْبَوَاقِي.

وَشَرَحُ كَلَامِهِ إِنْ يَقْدِرَ عَلَى الْامْتِنَاعِ مِنْ وَطْئِهِنَّ مَرَّتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِلَّا كَذَلِكَ فَإِذَا بَقِيَ مِنَ اللَّيْلَةِ زَمَنٌ لَا يَتَسَعُ لِلْإِبْلَاجِ فِي أَرْبَعٍ فَقَدْ تَعَدَّرَ وَطْءُ الْأُولَى حَيْثُ تَذِي فَتَطْلُقُ الثَّلَاثَةُ الْبَوَاقِي طَلْقَةً طَلْقَةً فَإِذَا بَقِيَ زَمَنٌ لَا يَتَسَعُ لِلْإِبْلَاجِ فِي الثَّلَاثِ فَقَدْ تَعَدَّرَ وَطْءُ الثَّلَاثَةِ فَتَطْلُقُ بِهِ الْأُولَى وَالثَّانِيَةُ وَالرَّابِعَةُ طَلْقَةً طَلْقَةً فَيَجْتَمِعُ عَلَى الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ طَلْقَةً وَعَلَى الثَّلَاثَةِ وَالرَّابِعَةِ طَلْقَتَانِ، فَإِذَا بَقِيَ زَمَنٌ لَا يَتَسَعُ لِلْإِبْلَاجِ فِي اثْنَتَيْنِ فَقَدْ تَعَدَّرَ وَطْءُ الثَّلَاثَةِ فَتَطْلُقُ بِهِ الْأُولَى وَالثَّانِيَةُ وَالرَّابِعَةُ فَيَجْتَمِعُ عَلَى الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ طَلْقَتَانِ وَعَلَى الرَّابِعَةِ ثَلَاثُ طَلْقَاتٍ فَتَحْرُمُ حَيْثُ تَذِي وَتَخْرُجُ عَنِ الزَّوْجِيَّةِ فَلَا يَبْقَى الْامْتِنَاعُ مِنْ وَطْئِهَا شَرْطًا لِطَلَاقِ صَوَاحِبَاتِهَا؛ لِأَنَّ تَقْدِيرَ الْكَلَامِ: أَتَيْتُكُمْ لَمْ أَطَاهَا اللَّيْلَةَ وَهِيَ زَوْجَتِي. وَقَدْ تَعَدَّرَ ذَلِكَ فِي هَذِهِ الرَّابِعَةِ، وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى أَنَّهُ مَتَى حَلَفَ بِالطَّلَاقِ عَلَى فِعْلٍ شَيْءٍ فِي وَقْتٍ مُتَّسِعٍ فَتَعَدَّرَ فَعَلُهُ فِي آخِرِ أَجْزَاءِ ذَلِكَ الْوَقْتِ أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ لِأَنَّ حَنْثَهُ إِنَّمَا هُوَ بِتَرْكِ ذَلِكَ فِي آخِرِ الْوَقْتِ فَيَسْتَدْعِي وَجُودَ الْمُحْلُوفِ عَلَيْهِ حَيْثُ تَذِي. وَالْمَعْرُوفُ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يَحْنُثُ فِي حَالِ التَّعَدُّرِ كَمَا لَوْ حَلَفَ لِيَشْرِبَنَّ مَاءَ هَذَا الْكُوزِ الْيَوْمَ فَتَلَفَ قَبْلَ مُضِيِّ الْيَوْمِ فَإِنَّهُ يَحْنُثُ فِي الْحَالِ، وَعَلَى مَا ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ لَا يَحْنُثُ. وَقَالَ صَاحِبُ الْمُسْتَوْعِبِ: وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: الْأُولَى مِنْهُنَّ مَنْ كَانَ وَقْتُ الْيَمِينِ حَظًّا مِنَ الْقَسَمِ وَالثَّانِيَةُ الَّتِي تَلِيهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا ادَّعَى الزَّوْجُ الرَّجْعَةَ وَالزَّوْجَةُ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ فِي آتٍ وَاحِدٍ فَفِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ لِأَنَّ الزَّوْجَ مُدَّعٍ وَهِيَ مُنْكَرَةٌ. وَالثَّانِي: يَقْرَعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ قُرِعَ لَهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا آلَى مِنْ وَاحِدَةٍ مُعَيَّنَةٍ وَاشْتَبَهَتْ عَلَيْهِ فَإِنَّهَا تُمِيزُ بِالْقُرْعَةِ ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ وَإِنْ آلَى مِنْ وَاحِدَةٍ غَيْرِ مُعَيَّنَةٍ فَفِي الْمُحَرَّرِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: يُعَيَّنُ بِالْقُرْعَةِ. وَالثَّانِي: بِتَعْيِينِهِ وَهُمَا مُخْرَجَانِ مِنَ الرِّوَايَتَيْنِ فِي مَسْأَلَةِ الطَّلَاقِ وَفِي الْمَعْنَى لَهُ وَطْءُ الْجَمِيعِ سِوَى وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ فَإِذَا لَمْ يَبْقَ سِوَى وَاحِدَةٍ تَعَيَّنَ الْإِبْلَاءُ فِيهَا لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ وَطْئَهَا بِدُونِ الْحِنْثِ فِي هَذِهِ الْحَالِ بِخِلَافِ مَا قَبْلَهَا فَلَا يَصِيرُ مُوَالِيًا بِدُونِ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَعَدَّرَ إِبْطَاتُ النَّسَبِ بِالْقَافَةِ إِمَّا لِعَدَمِهَا أَوْ لِعَدَمِ الْحَاقِهَا بِالنَّسَبِ لِلشُّكَالِهِ عَلَيْهَا وَلَا خِلَافَ فِيهِ وَنَحْوُ ذَلِكَ فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يُلْحَقُ بِالْقُرْعَةِ وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ عَلَيَّ بْنُ سَعْدٍ فِي حَدِيثٍ عَلَيَّ فِي ثَلَاثَةٍ وَقَعُوا عَلَى امْرَأَةٍ فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، قَالَ: لَا أَعْرِفُهُ صَحِيحًا وَأَوْهَنُهُ، وَقَالَ فِي رَوَايَةٍ: يَعْنِي ابْنَ مَنْصُورٍ، وَفِي حَدِيثٍ عُمَرَ فِي الْقَافَةِ ^(١) أَعْجَبَ إِلَيَّ، يَعْنِي مِنْ هَذَا الْحَدِيثِ وَعَلَى هَذَا فَهَلْ يَضِيعُ نَسَبُهُ أَوْ يَتْرَكُ حَتَّى يَبْلُغَ فَيَنْتَسِبَ إِلَى مَنْ يَمِيلُ طَبْعُهُ إِلَيْهِ مِنَ الْمُدْعَيْنَ لَهُ فَيُلْحَقَ بِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ: وَالْأَوَّلُ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ، وَالثَّانِي قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ وَاخْتَارَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ أَنَّهُ يُلْحَقُ بِالْمُدْعَيْنِ مَعَ كَالْمُدْعَيْنِ لِعَيْنِ لَيْسَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا إِذَا اسْتَوَيَا فِي الْبَيِّنَةِ أَوْ عَدَمِهَا فَإِنَّ الْعَيْنَ تَقْسَمُ بَيْنَهُمَا وَكَذَا هَاهُنَا يُلْحَقُ النَّسَبُ بِهِمَا إِذَا لَا يُمْكِنُ الْإِحَاقَةُ بِالْقُرْعَةِ.

وَقَالَ إِسْحَاقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنْ حَدِيثِ عُمَرَ أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَيْهِ أَيُّهُمَا وَقَعَ عَلَى امْرَأَةٍ فِي طَهْرَهَا، أَيَسُّ تَقُولُ فِيهِ؟ قَالَ أَحْمَدُ: إِنْ وَلَدَتْ خَيْرَتِ الْإِبْنِ أَيُّهُمَا شَاءَ اخْتَارَ وَبَرَّتُهُمَا جَمِيعًا، وَيُخَيَّرُ فِي حَيَاتِهِمَا أَيُّهُمَا شَاءَ مِنَ الْإِبْنَيْنِ اخْتَارَ. قَالَ الْقَاضِي: هَذَا مُوَافِقٌ لِقَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ أَنَّهُ يَنْسَبُ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا. وَقَالَ الْحَارِثِيُّ: إِمَّا دَلَّ عَلَى أَنَّهُ يَنْسَبُ إِلَيْهِمَا كَمَا اخْتَارَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ لِأَنَّهُ وَرَثَةُ مِنْهُمَا وَلَمْ يُوقَفْهُ إِلَى بُلُوغِهِ وَتَخْيِيرِهِ إِمَّا هُوَ لِلْحَضَانَةِ، وَالْأَظْهَرُ عِنْدِي أَنَّ مُرَادَ أَحْمَدَ أَنَّهُ إِذَا لَحِقَتْهُ الْقَافَةُ بِالْأَبَوَيْنِ مَعَ وَرَثَتِهِمَا وَخَيْرٌ فِي الْمَقَامِ عِنْدَ مَنْ يَخْتَارُ مِنْهُمَا. فَإِنَّهُ سُئِلَ عَنْ حَدِيثِ عُمَرَ وَحَدِيثِ عُمَرَ فِيهِ هَذَا الْحُكْمَانِ. وَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَقْرَعُ بَيْنَهُمَا فَيُلْحَقُ نَسَبُهُ بِالْقُرْعَةِ ذَكَرَهُمَا فِي الْمَغْنِيِّ فِي كِتَابِ الْفَرَائِضِ وَهِيَ مَأْخُودَةٌ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، مِمَّا رَوَى صَالِحٌ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: الْقُرْعَةُ أَرَاكَمَا قَدْ أَقْرَعَ النَّبِيُّ ﷺ فِي خَمْسَةِ مَوَاضِعَ فَذَكَرَ مِنْهَا: وَأَقْرَعَ فِي الْوَلَدِ مِنْ حَدِيثِ الْأَجْلَحِ عَنِ الشَّعْبِيِّ عَنْ أَبِي الْخَلِيلِ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ وَهُوَ مُخْتَلَفٌ فِيهِ. وَأَذْهَبَ إِلَى الْقُرْعَةِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْرَعَ.

قُلْتُ: إِنْ بَعْضُ النَّاسِ لَا يُجِزُونَ الْقُرْعَةَ إِلَّا فِي الْأَمْوَالِ. قَالَ: أَلَيْسَ قَدْ أَقْرَعَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَ نِسَائِهِ؟ وَالْقُرْعَةُ فِي الْقُرْآنِ فِي مَوْضِعَيْنِ. وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ أَخَذَ بِالْقُرْعَةِ فِي النَّسَبِ وَقَدْ ذَكَرْنَا طَرُقَ حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ وَالْإِخْتِلَافَ فِيهِ وَكَلَامَ الْحِفَاطِ عَلَيْهِ وَتَوَجُّيهِ مَا تَضَمَّنَتْهُ مِنْ تَوْزِيعِ الْعَزْمِ فِي جُزْءٍ مُفْرَدٍ. وَقَدْ قَالَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ: لَوْ صَحَّ لَقُلْنَا بِهِ وَأَمَّا حُكْمُ تَحْرِيمِ النِّكَاحِ فَإِنَّ لَحِقَتْ الْقَافَةُ الْوَلَدَ بِأَحَدِ الْوَاطِنَيْنِ وَكَانَتْ بِنْتًا حَلَّتْ لِأَوْلَادِ الْآخَرِ وَلَمْ تَحِلَّ

(١) القافة: جمع قائف، والقائف: الذئب يعرف الآثار، يقال: قاف أثره إذا تبعه. مختار الصحاح (١/٢٣٢).

لأَحَدٍ مِنَ الْوَاطِنَيْنِ لِكُونِهَا رَيْبَةً لَهُ وَإِنْ لَمْ تُوجَدْ قَافَةٌ فَإِنْ قُلْنَا: يَضِيعُ النَّسَبُ حَرُمَتْ عَلَى الْوَاطِنَيْنِ وَأَوْلَادِهِمْ كَمَا إِذَا اشْتَبَهَتْ ذَاتُ مُحْرَمٍ بِأَجْنَبِيٍّ وَإِنْ قُلْنَا: يُتْرَكُ حَتَّى يَبْلُغَ فَيُنْسَبَ إِلَى أَحَدِهِمَا بِمِثْلِ الطَّبَعِ فِي حِلِّهَا لَوْلَدِ الْآخَرِ بَلَيْنَ هَذِهِ الْمَرَأَةِ احْتِمَالًا لِذِكْرِهِمَا صَاحِبَ التَّرْغِيبِ فِي الرِّضَاعِ.

وَأَمَّا حُكْمُ الْعِدَّةِ، فَقَالَ: أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ إِنْ أَلْحَقَتِ الْقَافَةُ الْوَلَدَ بِأَحَدِهِمَا انْقَضَتْ بِهِ عِدَّتُهَا مِنْهُ ثُمَّ اعْتَدَتْ لِلْآخَرِ وَإِنْ أَلْحَقْتَهُ بِهِمَا انْقَضَتْ بِهِ عِدَّتُهَا مِنْهُمَا. وَفِي الْإِتِّصَارِ لِأَبِي الْخَطَّابِ لَا يَمْتَنِعُ عَلَى أَصْلِنَا أَنْ نَقُولَ تَنْقُضِي بِهِ عِدَّةَ أَحَدِهِمَا لَا بِعَيْنِهِ وَتَعْتَدِ لِلْآخَرِ فِيمَا إِذَا أَلْحَقْتَهُ الْقَافَةَ بِهِمَا كَمَا لَوْ وَطِنَهَا رَجُلَانِ بِشَبْهَةٍ وَجْهَلِ السَّابِقِ. وَأَمَّا إِنْ ضَاعَ نَسَبُهُ فَإِنْ لَمْ تُوجَدْ قَافَةٌ وَأَشْكِلَ عَلَيْهِمْ فِي الْإِفْتِنَاعِ لِابْنِ الزَّاعُونِي يُضَافُ إِلَى أَحَدِهِمَا بِالْقُرْعَةِ وَتَنْقُضِي بِهِ عِدَّتُهَا مِنْهُ. قَالَ: وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُسْتَأْنَفَ الْعِدَّةُ لَهُمَا لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ بِهِ الْبَرَاءَةَ مِنْ مَاءِ أَحَدِهِمَا حَيْثُ لَمْ يُنْسَبْ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا. وَفِي الْمُجَرَّدِ وَالْفُصُولِ وَالْمُعْنِي يُلْزَمُهَا أَنْ تَعْتَدَ بَعْدَ وَضْعِهِ بِثَلَاثِ قُرُوءٍ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ مِنَ الْأَوَّلِ فَقَدْ آتَتْ بِمَا عَلَيْهَا مِنْ عِدَّةِ الثَّانِي وَإِنْ كَانَ مِنَ الثَّانِي فَلَعَلَّهَا أَنْ تَكْمَلَ عِدَّةُ الْأَوَّلِ لِيَسْقُطَ الْفَرَضُ بِبَقِيَّتِهِ.

وَأَمَّا حُكْمُ الْمِيرَاثِ إِذَا تَعَدَّرَ الْحَاقُّ النَّسَبَ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَمَاتَ الْوَلَدُ فِي الْمُجَرَّدِ فِي الْعِدَّةِ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ تَقَعَ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ حَكِمَ لَهُ بِالْمِيرَاثِ، كَمَا قُلْنَا: إِذَا طَلَّقَ إِحْدَى نِسَائِهِ وَمَاتَ. ثُمَّ قَالَ: فَإِنْ كَانَ لِلطِّفْلِ أُمٌّ وَلِأَحَدِ الْمُتَدَاعِيَيْنِ فِيهِ وَلَدٌ أَوْ كَانَ لَهَا وَلَدٌ وَلِأَحَدِهِمَا وَلَدٌ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِلْمَيِّتِ إِخْوَانٌ وَيَجُوزُ أَنْ لَا يَكُونَ فَيُحْكَمُ لَهُ بِالثُّلُثِ وَلَا تُحْجَبُ بِالشَّكِّ. قَالَ الشَّيْخُ مُجَدُّ الدِّينِ: وَفِي هَذَا عِنْدِي نَظَرٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْقُرْعَةَ إِنَّمَا تُشْرَعُ عِنْدَنَا إِذَا امْتَنَعَ الْجَمْعُ مِنَ الْأَمْرَيْنِ وَهَذَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا عِنْدَنَا.

وَالثَّانِي: أَنَّ الْقَاضِيَّ ذَكَرَ فِي الْمُجَرَّدِ فِي كِتَابِ الْفَرَائِضِ: أَنَّهُ يُوقَفُ الْمَشْكُوكُ فِيهِ حَتَّى يَصْلَحَ عَلَيْهِ ثُمَّ الْعَجَبُ أَنَّهُ جَعَلَ لِلْأُمِّ هُنَا الثُّلُثَ حَيْثُ يَشْكُ، هَلْ لَهَا الثُّلُثُ أَوِ السُّدُسُ؟ وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ تُعْطَى بِمُقْتَضَى الْقُرْعَةِ انْتَهَى. وَأَقُولُ: الْقُرْعَةُ هُنَا أَرْجَحُ مِنَ الْإِيقَافِ لِأَنَّ فِيهَا فَصْلًا لِلْأَحْكَامِ وَأَمَّا احْتِمَالُ كَوْنِهِ مِنْهُمَا فَهُوَ بَعِيدٌ جِدًّا فَلَا تَعْوِيلَ عَلَيْهِ وَإِنَّمَا التَّعْوِيلُ عَلَى الْعَادَةِ الْغَالِبَةِ وَأَنَّهُ ابْنُ لَوْاحِدٍ مِنْهُمَا نَعَمْ لَوْ عَوَّلْنَا عَلَى هَذَا الْإِحْتِمَالِ لَقَسَمْنَا إِرْثَهُ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ وَهُوَ مُتَوَجِّهٌ أَيْضًا. وَأَمَّا دُخُولُ الْقُرْعَةِ فِيمَا تَسْتَحِقُّهُ الْأُمُّ مِنَ الثُّلُثِ أَوِ السُّدُسِ فَغَيْرُ

مُمْكِنٌ، كَمَا لَا تَدْخُلُ الْقُرْعَةُ فِيمَا تَسْتَحِقُّهُ الْخُنْثَى مِنْ مِيرَاثٍ ذَكَرَ أَوْ اُنْثَى وَلَآئِهٖ فِيمَا يَسْتَحِقُّهٗ مَنْ لَهُ حَاجِبٌ مَفْقُودٌ وَنَحْوُ ذَلِكَ.

تَنْبِيْهُ: هَذَا الْكَلَامُ فِي الْإِحَاقِ النَّسَبِ ابْتِدَاءً بِالْقُرْعَةِ فَأَمَّا إِذَا أَقْرَ بَوْلَدٍ مِنْهُمْ مِنْ أُمِّهِ لَهُ ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يَتَبَيَّنْ وَتَعَدَّتْ الْقَافَةُ أَقْرَعْنَا لِأَجْلِ الْحُرِّيَّةِ فَمَنْ خَرَجَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ فَهُوَ حُرٌّ، وَهَلْ يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِذَلِكَ؟ فِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ ذِكْرُهُ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ هُنَا مُسْتَنْدَةٌ إِلَى الْإِقْرَارِ وَالْقُرْعَةِ فَيَرْجَحُهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا بَلَغَ سَبْعَ سِنِينَ فَلِئَهِ يُخَيَّرُ بَيْنَ أَبِيهِ وَأُمِّهِ فِي الْحِضَانَةِ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ وَاحِدًا مِنْهُمَا أَوْ اخْتَارَهُمَا جَمِيعًا أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا عَلَى الْمَشْهُورِ، وَفِيهِ وَجْهٌ يُعْطَى لِأُمِّهِ. وَأَمَّا قَبْلَ السَّبْعِ فَإِذَا اسْتَوَى فِي اسْتِحْقَاقِ حِضَانَتِهِ رَجُلَانِ كَأَخَوَيْنِ أَوْ امْرَأَتَيْنِ كَأَخْتَيْنِ فَلِئَهِ يُعَيَّنُ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: إِذَا اسْتَحَقَّ الْقَوَدَ جَمَاعَةٌ وَتَشَاحُوا فِي مَبَاشَرَةِ الْاسْتِيفَاءِ فِيهِ وَجْهَانِ: أَشْهَرُهُمَا: أَنَّهُ يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ. وَالثَّانِي: بِتَعْيِينِ الْإِمَامِ، قَالَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى هَذَا إِذَا كَانَ الْمَقْتُولُ وَاحِدًا فَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً وَطَلَبَ وَلِيُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ يَقْتَصَّ عَلَى الْكَمَالِ فِيهِ وَجْهَانِ أَيْضًا:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ أُقِيدَ بِهِ وَيَجِبُ لِلْبَاقِينَ الدِّيَّةُ. وَالثَّانِي: يَبْدَأُ بِالسَّابِقِ فِي الْقَتْلِ فَيَقَادُ بِهِ وَتَتَعَيَّنُ الدِّيَّةُ لِلْبَاقِينَ، فَإِنْ قَتَلَهُمْ دَفْعَةً وَاحِدَةً قَدَّمَ مَنْ تَخْرُجُ لَهُ الْقُرْعَةُ وَلَمْ يَذْكُرْ صَاحِبُ الْمَغْنِيِّ سِوَى هَذَا الْوَجْهِ. وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الْاِنْتِصَارِ: يَقْتُلُ لِلْجَمِيعِ وَيُؤْخَذُ مِنْ مَالِهِ بَقِيَّةُ دِيَاةِ الْجَمِيعِ تُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ، وَحَكَى أَنَّ الْمَنْصُوصَ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُمْ إِذَا طَلَبُوا الْقَتْلَ فَلَيْسَ لَهُمْ غَيْرُهُ وَيَكُونُونَ قَدْ أَخَذُوا بَعْضَ حُقُوقِهِمْ وَسَقَطَ بَعْضُهَا، وَبَعْدَ بَيِّنَاتِ الْقِصَاصِ لَا يَتَّبَعُ فِي الْاسْتِيفَاءِ وَالْإِسْقَاطِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أُعْطِيَ الْآمَانُ لِمُشْرِكٍ فِي حِصْنٍ لِيَفْتَحَهُ لَنَا فَفَعَلَ ثُمَّ اشْتَبَهَ عَلَيْنَا وَادَّعَى كُلُّ مِنْهُمْ أَنَّهُ الْمُسْتَأْمَنُ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ الْمَنْصُوصُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ هَانِئٍ أَنَّهُ يَحْرُمُ قَتْلُهُمْ وَاسْتِرْقَاقُهُمْ جَمِيعًا. وَالثَّانِي: يَخْرُجُ أَحَدُهُمْ بِالْقُرْعَةِ فَيَكُونُ حُرًّا وَيَرِقُّ الْبَاقُونَ، وَحَكَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَالْخُرَقِيِّ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ تُمَيِّزُ الْحُرَّ مِنَ الْعَبْدِ عِنْدَ الْاِشْتِبَاهِ، وَلَوْ كَانَ حُرًّا الْأَصْلَ كَمَا لَوْ أَقْرَأَ أَنَّ أَحَدَ هَذَيْنِ الْوَلَدَيْنِ مِنْ هَذِهِ الْأُمَةِ وَلَدَهُ ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُوْجَدْ قَافَةٌ فَلِئَهِ نَقَرُ بَيْنَهُمَا لِلْحُرِّيَّةِ وَإِنْ

كَانَ حُرًّا الْأَصْلُ. وَمَنْ نَصَرَ الْأَوَّلَ قَالَ: إِرْقَاقُ الْبَاقِينَ هُنَا يُؤَدِّي إِلَى ابْتِدَاءِ الْإِرْقَاقِ مَعَ الشُّكِّ فِي إِبَاحَتِهِ بِخِلَافِ مَنْ أَعْتَقَ أَحَدَ عِبِيدِهِ وَاشْتَبَهَ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ لَيْسَ فِيهِ سِوَى اسْتِدَامَةِ الْإِرْقَاقِ مَعَ الشُّكِّ فِي زَوَالِهِ فَالْإِسْتِدَامَةُ تُبْقِيهِ عَلَى الْأَصْلِ الَّذِي لَمْ يَتَحَقَّقْ زَوَالُهُ وَالْإِبْتِدَاءُ نَقْلٌ عَنِ الْأَصْلِ الْمُتَحَقِّقِ مَعَ الشُّكِّ فِي إِبَاحَتِهِ، نَعَمْ لَوْ كَانَ الْمُعْطَى لِلْأَمَانِ امْرَأَةً وَاشْتَبَهَتْ عَلَيْنَا لِتَوْجِيهِهِ جَوَازَ إِرْقَاقِ النِّسَاءِ سِوَى وَاحِدَةٍ بِالْقُرْعَةِ لِأَنَّ النِّسَاءَ يَصِرْنَ أَرْقَاءَ بِنَفْسِ السَّبْيِ فَقَدْ اشْتَبَهَ هَا هُنَا الرِّقِيقُ بِحُرِّ الْأَصْلِ كَمَسْأَلَةِ الْإِقْرَارِ الْمُشَارِ إِلَيْهَا، وَكَذَلِكَ لَوْ أَسْلَمَ وَاحِدٌ مِنْ حِصْنٍ قَبْلَ فَتْحِهِ ثُمَّ فَتَحْنَاهُ وَادَّعَى كُلُّهُمْ أَنَّهُ الْمُسْلِمُ فَإِنَّهُ يَخْرُجُ بِالْقُرْعَةِ وَاحِدٌ فَلَا يُسْتَرَقُّ، وَيُسْتَرَقُّ الْبَاقُونَ لِأَنَّهُمْ إِنَّمَا أَسْلَمُوا بَعْدَ الْقَهْرِ وَذَلِكَ يُوجِبُ اسْتِرْقَاقَهُمْ عَلَى لَيْكُسِيوَا فَقَدْ اشْتَبَهَ هَاهُنَا الْحُرُّ بِمَنْ يَثْبُتُ اسْتِرْقَاقُهُ فَيُمَيِّزُ بِالْقُرْعَةِ. وَجَعَلَ أَصْحَابُنَا حُكْمَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ حُكْمَ مَسْأَلَةِ دَعْوَى الْأَمَانِ فِي جَرَيَانِ الْخِلَافِ فِيهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا جَعَلْنَا مَا لَا لِمَنْ يَفْتَحُ الْحِصْنَ فَادَّعَى ائْتَانِ كُلُّ مِنْهُمَا أَنَّهُ الَّذِي فَتَحَهُ دُونَ الْآخَرِ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ: فِيهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْمَالَ بَيْنَهُمَا جَمِيعًا لِأَنَّهُمَا فِيهِ سَوَاءٌ يَدْعُوهُمَا لَهُ. وَالْآخَرُ: يُقَرَعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ أَصَابَتْهُ الْقُرْعَةُ كَانَ الْمَالُ لَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ يَمِينٍ وَلَمْ يَذَرِ أَيُّ الْإِيمَانِ هِيَ فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يُلْزِمُهُ شَيْءٌ، قَالَ فِي رَوَايَةٍ ابْنُ مَنْصُورٍ فِي رَجُلٍ حَلَفَ يَمِينٍ لَا يَذَرِي مَا هِيَ طَلَاقٌ أَوْ غَيْرُهُ، قَالَ: لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ حَتَّى يَعْلَمَ أَوْ يَسْتَقِينَ، وَظَاهِرُهُ أَنَّهُ لَا يُلْزِمُهُ شَيْءٌ مِنْ مُوجِبَاتِ الْإِيمَانِ كُلِّهَا لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ مِنْ مُوجِبِ كُلِّ يَمِينٍ بَانْفِرَادِهَا. وَتَوَقَّفَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ أُخْرَى قَالَ صَالِحٌ: سَأَلْتُ أَبِي عَنْ رَجُلٍ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ لَا يَذَرِي مَا حَلَفَ بِاللَّهِ أَمْ بِالطَّلَاقِ أَوْ بِالْمَشْيِ قَالَ: لَوْ عَرَفَ اجْتَرَأْتُ أَنْ أُجِيبَ فِيهَا فَكَيْفَ إِذَا لَمْ يَذَرِ؟ وَفِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَانِ آخَرَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُقَرَعُ بَيْنَ الْإِيمَانِ كُلِّهَا مِنَ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالظَّهَارِ وَالْيَمِينِ بِاللَّهِ فَمَا خَرَجَ بِالْقُرْعَةِ لَزِمَهُ مُقْتَضَاهُ، وَهُوَ بَعِيدٌ لِمَا يَتَضَمَّنُهُ مِنْ إِيقَاعِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ بِالشُّكِّ وَلَكِنَّهُ احْتِمَالٌ ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُتُوهِ. وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي بَعْضِ تَعَالِيْقِهِ أَنَّهُ أَسْتَفْتِيَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَتَوَقَّفَ فِيهَا ثُمَّ نَظَرَ فَإِذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يُقَرَعُ بَيْنَ الْإِيمَانِ كُلِّهَا الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالظَّهَارِ وَالْيَمِينِ بِاللَّهِ، فَأَيُّ يَمِينٍ وَقَعَتْ عَلَيْهَا الْقُرْعَةُ فَهِيَ الْمَحْلُوفُ عَلَيْهَا قَالَ: ثُمَّ وَجَدْتُ عَنْ

أَحْمَدَ مَا يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ حُكْمُ هَذِهِ الْيَمِينِ وَذَكَرَ رَوَايَةَ ابْنِ مَنْصُورٍ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَلْزِمُهُ كِفَارَةُ كُلِّ يَمِينٍ لِأَنَّهُ يَتَيَقَّنُ وَجُوبَ أَحَدِهِمَا وَشَكَّ فِي عَيْنِهِ وَذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُتُوهِهِ أَيْضًا، وَهُوَ مُتَّجِهٌ فِيمَا إِذَا عَلِمَ أَنَّهَا إِحْدَى الْإِيمَانِ الْمَكْفُرَةِ، وَأَمَّا إِنْ شَكَّ هَلْ هِيَ مِمَّا يَدْخُلُهُ التَّكْفِيرُ أَوْ لَا؟ فَلَا يَزُولُ شَكُّهُ بِالتَّكْفِيرِ الْمَذْكُورِ، وَفِي مَسَائِلِ إِبْرَاهِيمَ الْحَرَبِيِّ سَمِعْتُ رَجُلًا سَأَلَ أَحْمَدَ بْنَ حَنْبَلٍ عَنْ يَمِينٍ حَلَفَهَا فَقَالَ لَهُ أَحْمَدُ كَيْفَ حَلَفْتَ فَقَالَ لَهُ الرَّجُلُ: لَيْسَ أَذْرِي كَيْفَ حَلَفْتُ؟ فَقَالَ أَحْمَدُ: حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ آدَمَ قَالَ: قَالَ رَجُلٌ لِشَرِيكِي: حَلَفْتُ وَلَيْسَ أَذْرِي كَيْفَ حَلَفْتُ؟ فَقَالَ لَهُ شَرِيكِي: لَيْتَنِي إِذَا دَرَيْتُ أَنْتَ كَيْفَ حَلَفْتَ دَرَيْتُ أَنَا كَيْفَ أَفْنِيكَ أَنْتَهَى. وَهَذِهِ الرُّوَايَةُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ أَنَّهُ لَمْ يَدْرَ بِمَاذَا حَلَفَ فَيَكُونُ كَرَوَايَةِ صَالِحِ السَّائِقَةِ، وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ لَمْ يَدْرَ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ، مِثْلُ أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهُ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ مَثَلًا لَيَفْعَلَ شَيْئًا وَسَيَّيَ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ وَهَذَا قَدْ شَكَّ فِي شَرْطِ الطَّلَاقِ وَهُوَ عَدَمِيٌّ فَلَا يَلْزِمُهُ طَلَاقٌ عَلَى الْمَذْهَبِ عِنْدَ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ، وَفِيهِ وَجْهٌ يَحْنُثُ فِي آخِرِ أَوْقَاتِ الْإِمْكَانِ لِأَنَّ الْأَصْلَ وَجُودُ [مَا عَلَّقَ عَلَيْهِ وَهُوَ الْعَدَمُ وَإِنْ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ لَا يَفْعَلُ كَذَا فَهَذَا شَرْطُ الطَّلَاقِ وَجُودِيٌّ] وَهُوَ الْفِعْلُ فَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِالشَّكِّ فِي وَجُودِهِ وَأَفْتَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَفْعَلَنَّ شَيْئًا ثُمَّ نَسِيَهُ أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ الْبِرِّ وَهُوَ يَرْجِعُ إِلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى.

وَمِنْهَا: إِذَا تَنَاضَلَ حِزْبَانِ وَاقْتَسَمُوا الرِّجَالَ بِالِاخْتِيَارِ وَاخْتَلَفُوا فِي الْبَادِي بِالِاخْتِيَارِ مِنْ كُلِّ حِزْبٍ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ لَذَلِكَ، وَكَذَلِكَ إِذَا اخْتَلَفَتِ الرِّمَاءُ فِي الْمُبْتَدِئِ بِالرَّامِيِ وَتَشَاحَوْا أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ قَالَهُ الْأَمِدِيُّ وَاخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّهُ يُقَدَّمُ مَنْ أَخْرَجَ السَّبْقَ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ وَاخْتَارَ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ عَقْدُ الْمُنَاضَلَةِ حَتَّى يُعَيَّنَ الْمُبْتَدِئُ فِيهِ بِالرَّمْيِ.

وَمِنْهَا: إِذَا اسْتَوَى اثْنَانِ مِنْ أَهْلِ الْفَيْءِ فِي دَرَجَةٍ فَفِي الْمَجْرَدِ يُقَدَّمُ أَسْنَهُمَا ثُمَّ أَقْدَمُهُمَا هِجْرَةً وَفِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ ^(١) يُقَدَّمُ بِالسَّائِقَةِ فِي الْإِسْلَامِ ثُمَّ بِالدِّينِ ثُمَّ بِالسِّنِّ ثُمَّ بِالشَّجَاعَةِ، ثُمَّ وَلِيُّ الْأَمْرِ مُخِيرٌ إِنْ شَاءَ أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا وَإِنْ شَاءَ رَتَّبَهُمَا عَلَى رَأْيِهِ وَاجْتِهَادِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَنَازَعَ الْإِمَامَةُ الْعُظْمَى اثْنَانِ وَتَكَافَأَا فِي صِفَاتِ التَّرْجِيحِ قُدِّمَ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ قَالَ الْقَاضِي: هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ كَالْأَذَانِ.

وَمِنْهَا: لَوْ عَقِدْتَ الْإِمَامَةَ لِاثْنَيْنِ فِي عَقْدَيْنِ مُتَرَتِّبَيْنِ وَجْهَلِ السَّابِقُ مِنْهُمَا فَقَالَ الْقَاضِي: يَخْرُجُ عَلَى رَوَاتَيْنِ: إِحْدَاهُمَا: بَطْلَانُ الْعَقْدِ فِيهِمَا. وَالثَّانِيَةُ: اسْتِعْمَالُ الْقُرْعَةِ بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا زَوَّجَ الْوَلَيَّانِ وَجْهَلِ السَّابِقُ مِنْهُمَا، فَإِنَّهُ عَلَى رَوَاتَيْنِ كَذَلِكَ هُنَا انْتَهَى. وَلَكِنَّ الْمَشْهُورَ فِي حِكَايَةِ الرُّوَايَةِ الْأُولَى فِي كِتَابِ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ أَنَّهُ يُفْسَخُ النِّكَاحَانِ وَقِيَاسُ هَذَا أَنَّهُ يُفْسَخُ الْعَقْدَانِ لِأَنَّهُمَا يَبْطُلَانِ مِنْ غَيْرِ فُسْخٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَلَّى الْإِمَامُ قَاضِيَيْنِ فِي بَلَدٍ عَمَلًا وَاحِدًا وَقُلْنَا: بِصِحَّةِ ذَلِكَ فَاخْتَلَفَ الْخَصْمَانِ فِيمَنْ يَحْتَكِمَانِ إِلَيْهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُدَّعِي، فَإِنْ تَسَاوَا فِي الدَّعْوَى أُعْتِبَرِ أَقْرَبُ الْحَاكِمَيْنِ إِلَيْهِمَا، فَإِنْ اسْتَوَيَا أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا. وَقِيلَ: يُمْتَنَعَانِ مِنَ التَّخَاصُّمِ حَتَّى يَتَّفَقَا عَلَى أَحَدِهِمَا، قَالَ الْقَاضِي: وَالْأَوَّلُ أَشْبَهُ بِقَوْلِنَا.

وَمِنْهَا: إِذَا هَجَمَ الْخَصْمُ عَلَى الْقَاضِي دَفْعَةً وَاحِدَةً وَتَشَاخُصًا فِي التَّقَدُّمِ وَلَيْسَ فِيهِمْ مُسَافِرٌ فَإِنَّهُ يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ [وَكَذَا إِذَا ادَّعَى الْخَصْمَانِ عِنْدَهُ مَعًا فَإِنَّهُ يُقَدَّمُ أَحَدَاهُمَا بِالْقُرْعَةِ].

وَمِنْهَا: الْقُرْعَةُ فِي الْقِسْمَةِ إِذَا عَدَلَ الْقَاسِمُ السَّهَامَ بِالْأَجْزَاءِ إِنْ تَسَاوَتْ وَبِالْقِيَمَةِ إِنْ اخْتَلَفَتْ وَبِالرَّدِّ فِيمَا يَقْتَضِي الرَّدَّ فَإِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ وَهُوَ مُخَيَّرٌ إِنْ شَاءَ كَتَبَ اسْمَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي رُقْعَةٍ، ثُمَّ تَخْلَطُ الرُّقَاعُ وَيَخْرُجُ عَلَى كُلِّ اسْمٍ رُقْعَةٌ مِنْهَا، وَإِنْ شَاءَ كَتَبَ اسْمَ كُلِّ سَهْمٍ فِي رُقْعَةٍ ثُمَّ خَلَطَهَا وَأَخْرَجَ وَاحِدَةً وَاحِدَةً، كُلُّ مِنْهُمَا عَلَى اسْمٍ وَاحِدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ فَإِذَا تَمَّتِ الْقُرْعَةُ لَزِمَتِ الْقِسْمَةُ لِلشُّرَكَاءِ. وَفِيهِ وَجْهٌ: لَا يَلْزَمُهُ فِيمَا فِيهِ رَدٌّ حَتَّى يَتَرَاضِيَا بِهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ لِأَنَّهَا يَبِيعُ إِذَا دَخَلَهَا الرَّدُّ فَيَشْتَرِطُ لَهَا التَّرَاضِي.

وَمِنْهَا: إِذَا تَدَاعَى اثْنَانِ عَيْنًا يَبِيدُ ثَالِثٌ فَأَقْرَبُهَا لِأَحَدِهِمَا مَبْهُمَا وَقَالَ: لَا أَعْلَمُ عَيْنَهُ فَإِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ قَرَعَ فِيهِ لَهُ، وَهَلْ يَحْلِفُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، ذَكَرَهُمَا أَبُو بَكْرٍ. وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ عَلَيْهِ الْيَمِينَ وَعَلَيْهِ حِمْلُ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ: «إِذَا أَحَبَّ الرَّجُلَانِ الْيَمِينَ أَوْ كَرِهَاهَا فَلَيْسَتْهُمَا عَلَيْهِ» لَكِنَّهُ قَالَ: إِذَا كَرِهَا الْيَمِينَ وَخَرَجَتْ الْقُرْعَةُ لِأَحَدِهِمَا فِيهِ لَهُ بِغَيْرِ يَمِينَ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ وَدِيعَةً أَوْ عَارِيَةً أَوْ رَهْنًا أَوْ بَيْعًا مَرْدُودًا بِعَيْبٍ أَوْ خِيَارٍ أَوْ غَيْرِهَا نَصٌّ عَلَيْهِ فِي الْمَرْدُودِ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ. وَإِنْ قَالَ: مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ لَيْسَ لِي وَلَا أَعْلَمُ لِمَنْ هِيَ؟ فَفِيهَا ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

إِحْدَاهَا: يَقْتَرِعَانِ عَلَيْهِمَا، كَمَا لَوْ أَقْرَبُهَا لِأَحَدِهِمَا مَبْهُمَا.

وَالثَّانِي: يُجْعَلُ عِنْدَ أَمِينِ الْحَاكِمِ. وَالثَّلَاثُ: تُقَرُّ فِي يَدِ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ. وَالْأَوَّلُ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ صَالِحٍ وَأَبِي طَالِبٍ وَأَبِي النَّصْرِ وَغَيْرِهِمْ. وَالْوَجْهَانِ الْآخَرَانِ مُخْرَجَانِ مِنْ مَسْأَلَةٍ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ مُعْتَرَفٌ بِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وَلَا يَعْرِفُ مَالَكُهُ فَادَّعَاهُ مُعَيَّنٌ فَهَلْ يَدْفَعُ إِلَيْهِ أَمْ لَا؟ وَهَلْ تُقَرُّ يَدُ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ أَمْ يَتَزَعُّهُ الْحَاكِمُ؟ فِيهِ خِلَافٌ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَدَاعَى اثْنَانِ عَيْنًا لَيْسَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا فَفِيهَا وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يُقْسَمُ بَيْنَهُمَا كَالَّتِي بِأَيْدِيهِمَا. وَالثَّانِي: يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا فَيُعْطَى لِمَنْ قُرِعَ كَمَا لَوْ كَانَتْ يَدُ ثَالِثٍ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ صَالِحٍ فِي اثْنَيْنِ تَدَاعَا كَيْسًا لَيْسَتْ أَيْدِيهِمَا عَلَيْهِ أَتَاهُمَا يَسْتَهْمَانِ عَلَيْهِ فَمَنْ خَرَجَ سَهْمُهُ فَهُوَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ فِي يَدِ غَيْرِهِمَا أَوْ لَا يَكُونَ فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

وَمِنْهَا: إِذَا تَعَارَضَتْ الْبَيْتَانِ فِي الْمَسْأَلَةِ ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ:

إِحْدَاهُنَّ: يَسْقُطَانِ بِالتَّعَارُضِ وَيَصِيرَانِ كَمَنْ لَا بَيْنَةَ لَهُمَا. وَالثَّانِيَّةُ: يُسْتَعْمَلَانِ بِقِسْمَةِ الْعَيْنِ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ يَمِينٍ. وَالثَّلَاثَةُ: يُرْجَحُ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ فَمَنْ قُرِعَ لَهُ حَلْفٌ وَأَخَذَ الْعَيْنَ. هَكَذَا حَكَى الْقَاضِي فِي بَعْضِ كُتُبِهِ هَذِهِ الرِّوَايَةَ وَتَبِعَهُ عَلَيْهَا كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ وَأَنْكَرَهَا فِي كِتَابِ الْمُجَرَّدِ وَالْخِلَافِ. وَقَالَ: إِنَّمَا مَعْنَاهَا أَنَّ الْبَيْتَيْنِ يَسْقُطَانِ بِالتَّعَارُضِ وَتَصِيرُ الْعَيْنُ فِي يَدِ غَيْرِهِمَا الْمُتَدَاعِيَيْنِ فَيُفْرَعُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَصَرَّحَ أَحْمَدُ بِهَذَا الْمَعْنَى فِي رَوَايَةِ حَبْلٍ فَقَالَ: لَوْ أَقَامَا الْبَيْتَةَ جَمِيعًا أَسْفَطْتُ الْبَيْتَيْنِ جَمِيعًا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا قَدْ أَكْذَبَتْ صَاحِبَتَهَا وَيَسْتَهْمَانِ عَلَى الْيَمِينِ. وَحَكَى ابْنُ شِهَابٍ فِي عَيُونِ الْمَسَائِلِ رَوَايَةَ أُخْرَى: أَنَّهُ يُوقَفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَوْ يَصْطَلِحَا عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَتْ الْعَيْنُ الْمُتَارِعُ فِيهَا يَدِ أَحَدِهِمَا فَلَا تَعَارُضَ، بَلْ تَقْدُمُ بَيْنَةَ الْخَارِجِ فِي أَشْهُرِ الرِّوَايَتَيْنِ وَفِي الْأُخْرَى بَيْنَةَ الدَّخِلِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ التَّنَازُعُ فِي سَبَبِ الْيَدِ بِأَنْ يَدَّعِي كُلُّ مِنْهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ زَيْدٍ أَوْ أَتَاهُهَا مِنْهُ وَيَقِيمُ بِذَلِكَ بَيْنَةً، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنَّهُ كَبِيَّةُ الدَّخِلِ وَالْخَارِجِ عَلَى مَا سَبَقَ وَهِيَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ الْقَاضِي. وَالثَّانِيَّةُ: يَتَعَارَضَانِ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ الْيَدُ هُوَ نَفْسُ الْمُتَنَازِعِ فِيهِ فَلَا تَبْقَى مُؤَثَّرَةٌ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ مِلْكَ هَذِهِ الدَّارِ لَزَيْدٍ وَعَنْهُ هُوَ سَمِيَّتُكَ فَلِذَلِكَ لَمْ يَبْقَ لِلْيَدِ تَأْثِيرٌ لِأَنَّهُ قَدْ عَلِمَ مُسْتَنْدَهَا وَهُوَ الشَّرَاءُ الَّذِي عَوْرَضَ بِمِثْلِهِ، وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى وَصَاحِبِ الْمُحَرَّرِ.

وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ هَاهُنَا وَابْنُ أَبِي مُوسَى أَنَّهُ يُرْجَحُ بِالْقُرْعَةِ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ

وَيُسْتَنَى مِنْ هَذَا صَوْرٌ لَا إِفْرَاعَ فِيهَا ذَكَرَهَا الْأَصْحَابُ:

أَحَدُهَا: إِذَا كَانَ عَتَقُ أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ مُرْتَبًا عَلَى الْآخَرِ بِأَنْ قَالَ: إِنْ أَعْتَقْتُ سَالِمًا فَغَانِمٌ حُرٌّ فَإِنَّهُ يُعْتَقُ سَالِمٌ وَحْدَهُ إِذَا عَتَقَهُ وَلَا يُقْرَعُ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ قَدْ تَقْضِي إِلَى عَتَقِ غَانِمٍ وَحْدَهُ فَيَلْزِمُهُ مِنْهُ ثُبُوتُ الْمَشْرُوطِ بِدُونِ شَرْطِهِ.

وَالثَّانِيَّةُ: إِذَا قَالَ فِي مَرَضِهِ: اعْتِقُوا سَالِمًا إِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ وَإِلَّا فَاعْتِقُوا مِنْهُ مَا عَتَقَ، وَقَالَ أَيْضًا: اعْتِقُوا غَانِمًا إِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ وَإِلَّا فَاعْتِقُوا مِنْهُ مَا عَتَقَ، قَالَ الْأَصْحَابُ: يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُهُ مَعَ تَسَاوِي قِيمَتَيْهَا لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ بِالْوَصِيَّةِ تَكْمِيلَ الْحُرِّيَّةِ فِي كُلِّ وَاحِدٍ فَلَمْ يُقْرَعْ. كَمَا لَوْ قَالَ: اعْتِقُوا نِصْفَ سَالِمٍ وَإِلَّا فَنِصْفَ غَانِمٍ.

وَالثَّالِثَةُ: إِذَا أَعْتَقَ أُمَةً حَامِلًا فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ وَلَمْ يَتَسَّعِ الثُّلُثُ لَهَا وَلِحَمْلِهَا قَالُوا: لَا يَجُوزُ الْإِفْرَاعُ لِأَنَّ الْحَمْلَ تَبِعٌ لِلْأُمِّ وَجُزْءٌ مِنْهَا وَلَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْعِتْقِ دُونَهَا وَالْقُرْعَةُ قَدْ تَقْضِي إِلَى ذَلِكَ وَلَا أَنْ تُعْتَقَ هِيَ دُونَ حَمْلِهَا إِذَا اسْتَوْعَبَتْ قِيمَتُهَا الثُّلُثُ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ تَبِعٌ لَهَا وَعَتَقُهُ مُلَازِمٌ لِعِتْقِهَا فَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يُعْتَقَ مِنْهَا شَيْءٌ وَلَا يُعْتَقُ مِنْهُ مِثْلُهُ فَيَتَعَيَّنُ أَنْ يُعْتَقَ مِنْهَا وَمِنْ حَمْلِهَا بِالْحِصَّةِ.

وَذَهَبَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي مُوسَى إِلَى أَنَّ الْإِفْرَاعَ إِنَّمَا يَدْخُلُ حَيْثُ كَانَ الْعِتْقُ لِمُبْهَمٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ وَتَشَاحَّ الْعَبْدِ فِيهِ فَأَمَّا إِنْ كَانَ لِمُعَيَّنٍ فَلَا إِفْرَاعَ وَكَذَا إِنْ لَمْ يَتَشَاحَّ فِيهِ الْعَبْدُ وَحُكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ فِي خِلَافِهِ مَا يُؤَافِقُ ذَلِكَ فَعَلَى هَذَا إِذَا وَصَّى بِعِتْقِ عَبْدِهِ وَلَمْ يَجْزِ الْوَرِثَةُ أَعْتَقُوا مِنْهُمْ بِمِقْدَارِ الثُّلُثِ. فَإِنْ تَشَاحَّ الْعَبْدُ فِي الْعِتْقِ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ فَعَتَقَ مَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ مِنْهُمْ وَكَذَلِكَ لَوْ دَبَّرَهُمْ ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَذَكَرَ هُوَ وَأَبُو بَكْرٍ فِيمَا إِذَا شَهِدَتْ بَيْنَهُ عَلَى مَرِيضٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ هَذَا وَشَهِدَتْ أُخْرَى أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ هَذَا أَنَّهُ يَجِبُ الْعِتْقُ لهُمَا وَيَتَحَاصُّ فِيهِ الْعَبْدَانِ، قَالَ أَبُو بَكْرٍ: لِأَنَّ الْقُرْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا حُرًّا وَالْآخَرُ عَبْدًا يَعْنِي إِذَا كَانَ الْعِتْقُ لَوَاحِدٍ لَا لِلْجَمِيعِ وَهَذَا مُنَاقِضٌ لِمَا ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي تَدْبِيرِهِمْ كُلَّهُمْ إِلَّا أَنْ نَقُولَ: تَدْبِيرُهُمْ يَقَعُ مَوْفُوفًا مُرَاعَى كَعِتْقِهِمُ الْمُنْجَزَ فِي مَرَضِهِ فَيَعْتَقُ مِنْهُمْ مَنْ عَدِمَ الْإِجَازَةَ قَدَرِ الثُّلُثِ، وَهُوَ مُبْهَمٌ فَيُمَيِّزُ بِالْقُرْعَةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ مُعَيَّنَيْنِ. وَهُوَ ضَعِيفٌ؛ فَإِنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ جَمِيعَ مَالِهِ أَوْ نِصْفَهُ مَثَلًا، إِذْ لَا بُدَّ مِنَ الرَّدِّ إِلَى الثُّلُثِ وَقَدْ نَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ، فِيمَنْ قَالَ فِي مَرَضِهِ: اعْتِقُوا عَنِّي أَحَدَ عَبْدَيَّ هَذَيْنِ أَنَّهُ يُعْتَقُ أَحَدُهُمَا فَإِنْ تَشَاحَّ فِي الْعِتْقِ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا وَإِنَّمَا قَالَ: يُعْتَقُ أَحَدُهُمَا ابْتِدَاءً لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ فَالْوَاجِبُ فِيهَا مَا

يَصْدُقُ عَلَيْهِ الْإِسْمُ كَمَا لَوْ وَصَّى بِأَحَدِهِمَا لِزَيْلٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ عَتَقَ أَحَدَ عَيْدِهِ فَإِنَّهُ يُعَيَّنُ بِالْقُرْعَةِ وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَعْتَقُهُ بِتَعْيِينِهِ مِنَ الرُّوَايَةِ السَّابِقَةِ فِي الطَّلَاقِ وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا مِنْ عَيْدِهِ ثُمَّ أَنْسَاهُ أَوْ جَهِلَهُ ابْتِدَاءً كَمَسْأَلَةِ الطَّائِرِ الْمَشْهُورَةِ فَإِنَّهُ يَخْرُجُ بِالْقُرْعَةِ أَيْضًا وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَا يَقْرَعُ هَاهُنَا مِنَ الطَّلَاقِ وَأَشَارَ إِلَيْهِ بَعْضُ الْأَصْحَابِ لَكِنَّ قِيَاسَ الرُّوَايَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي الطَّلَاقِ أَنَّهُ يَقْرَعُ فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ عَتَقَ وَبَسْتَدَامُ الْمَلِكُ فِي غَيْرِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُسْتَبَاحُ وَطْءُ شَيْءٍ مِنْهُنَّ إِذَا كُنَّ إِمَاءً وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ: إِنْ كَانَ هَذَا الطَّائِرُ غُرَابًا فَعَبْدِي حُرٌّ، وَقَالَ آخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا فَعَبْدِي حُرٌّ، وَجَهِلَ أَمْرُهُ فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ وَاحِدٌ مِنَ الْعَبْدَيْنِ فَإِنْ اشْتَرَى أَحَدُ الْمَالِكَيْنِ عَبْدَ الْآخَرِ فَقِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يُعْتَقُ مَا اشْتَرَاهُ لِأَنَّهُ اسْتَلَامَتْهُ لاسْتِرْقَاقِ عَبْدِهِ إِقْرَارٌ مِنْهُ لِأَنَّهُ عَبْدٌ صَاحِبِهِ هُوَ الَّذِي عَتَقَ فَإِذَا اشْتَرَاهُ نَفَذَ إِقْرَارَهُ عَلَى نَفْسِهِ فَعَتَقَ عَلَيْهِ. وَالثَّانِي: أَنَّهُ يُعْتَقُ أَحَدُهُمَا غَيْرَ مُعَيَّنٍ ثُمَّ يُمَيِّزُ بِالْقُرْعَةِ وَهُوَ أَصَحُّ لِأَنَّهُ تَمَسَّكُهُ بِعَبْدِهِ إِنَّمَا كَانَ اسْتِصْحَابًا لِلْأَصْلِ لَا غَيْرَ، وَأَمَّا الْوَلَاءُ فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ هُوَ مَوْقُوفٌ حَتَّى يَتَّصِدَّاقًا عَلَى أَمْرِ يَتَقَيَّانَ عَلَيْهِ، وَعَلَى الثَّانِي إِنْ وَقَعَتِ الْحُرِّيَّةُ عَلَى الْمُشْتَرِي فَكَذَلِكَ وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى عَبْدِهِ فَوَلَاؤُهُ لَهُ وَيَتَوَجَّهُ أَنْ يُقَالَ: يَقْرَعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ قُرِعَ فَالْوَلَاءُ لَهُ كَمَا تَقَدَّمَ مِثْلُ ذَلِكَ فِي الْوَلَدِ الَّذِي يَدْعِيهِ أَبَوَانِ وَأَوَّلَى؛ لِأَنَّهُ هَاهُنَا إِنَّمَا عَتَقَ عَلَى وَاحِدٍ غَيْرَ مُعَيَّنٍ وَهَنَّاكَ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ لَهُمَا وَكَذَلِكَ يُقَالُ لَوْ كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ مُوسِرَيْنِ فَقَالَ أَحَدُهُمَا: إِنْ كَانَ الطَّائِرُ غُرَابًا فَنَصِيبِي حُرٌّ وَقَالَ الْآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا فَنَصِيبِي حُرٌّ فَإِنَّ الْعَبْدَ يُعْتَقُ عَلَى أَحَدِهِمَا وَهُوَ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَيُمَيِّزُ بِالْقُرْعَةِ وَيَكُونُ لَهُ الْوَلَاءُ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ لِأَمَتِهِ: أَوَّلُ مَا تَلِدِينِي حُرٌّ فَوَلَدَتْ وَلَدَيْنِ وَاشْتَبَهَ أَوَّلُهُمَا خُرُوجًا فَإِنَّهُ يُمَيِّزُ بِالْقُرْعَةِ نَصًّا عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ وَقَعَ عَلَى مُعَيَّنٍ وَجَهِلَ ابْتِدَاءً وَلَوْ قَالَ: أَوَّلُ غُلَامٍ لِي يَطْلُعُ فَهُوَ حُرٌّ فَطَلَعَ عَيْدُهُ كُلُّهُمْ أَوْ قَالَ لِرِزْوَانَتِي أَتَكُنَّ طَلَعُ أَوَّلًا فَهِيَ طَالِقٌ فَطَلَعْنَ كُلُّهُنَّ فَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّهُ يُمَيِّزُ وَاحِدًا مِنَ الْعَبِيدِ وَأَمْرًا مِنَ الزَّوْجَاتِ بِالْقُرْعَةِ فِي رَوَايَةٍ مِثْلِهَا وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي هَذَا النَّصِّ فَمِنْهُمْ مَنْ حَمَلَهُ عَلَى أَنَّ أَطْلَاعَهُمْ كَانَ مُرْتَبًا وَأَشْكَلَ السَّابِقُ فَيُمَيِّزُ بِالْقُرْعَةِ كَمَسْأَلَةِ الْوَلَادَةِ وَمِنْهُمْ مَنْ أَقَرَّ النَّصَّ عَلَى ظَاهِرِهِ وَأَنَّهُمْ طَلَعُوا دَفْعَةً وَاحِدَةً. وَقَالَ: صِفَةُ الْأَوَّلِيَّةِ شَامِلَةٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِانْفِرَادِهِ وَالْمُعْتَقُ إِنَّمَا أَرَادَ عِتْقَ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فَيُمَيِّزُ بِالْقُرْعَةِ

وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: يَعْتَقُ وَيُطْلَقُ الْجَمِيعُ لِأَنَّ تَرْكَهَ صِفَةٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَلَفْظُهُ صَالِحٌ لِلْعُمُومِ لِأَنَّهُ مُفْرَدٌ [مُضَافٌ] أَوْ يُقَالُ: الْأَوَّلِيَّةُ صِفَةٌ لِلْمَجْمُوعِ لَا لِلْأَفْرَادِ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ فِي الطَّلَاقِ وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَا تَطْلُقُ وَلَا يَعْتَقُ شَيْءٌ مِنْهُمْ لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَا يَكُونُ إِلَّا فَرْدًا لَا تَعُدُّ فِيهِ وَالْفَرْدِيَّةُ مُشْتَبِهَةٌ هُنَا وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي الطَّلَاقِ وَالسَّامِرِيُّ وَصَاحِبُ الْكَافِي، وَيَخْرُجُ وَجْهٌ آخَرٌ وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ طَلَعَ بَعْدَهُمْ مِنْ عَيْدِهِ وَزَوْجَاتِهِ طَلَّقْنَ وَعَتَقْنَ وَإِلَّا فَلَا؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْأَوَّلَ هُوَ السَّابِقُ لِغَيْرِهِ، فَلَا يَكُونُ أَوْلَى حَتَّى يَأْتِيَ بَعْدَهُ غَيْرُهُ فَيَتَحَقَّقُ لَهُ بِذَلِكَ صِبْغَةُ الْأَوَّلِيَّةِ وَهُوَ وَجْهٌ لَنَا، ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ.

وَقَرِيبٌ مِنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي كِتَابِ الْعِتْقِ فَقَالَ: وَاخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِي الرَّجُلِ يَقُولُ لِعَبِيدِهِ أَتَيْكُمْ جَاءَنِي بِخَبَرٍ كَذَا فَهُوَ حُرٌّ فَاتَى بِذَلِكَ الْخَبَرِ اثْنَانِ مَعًا أَوْ أَكْثَرُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ قَالَ فِي أَحَدِهِمَا: قَدْ عَتَقَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَيَقْرَعُ بَيْنَهُمْ فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ فَقَدْ عَتَقَ. وَقَالَ فِي الْأُخْرَى: فَقَدْ عَتَقَا جَمِيعًا انْتَهَى. فَأَمَّا وَجْهٌ عَتَقَهُمَا جَمِيعًا فَظَاهِرٌ لِأَنَّ آيَا مِنْ صِبْغِ الْعُمُومِ وَأَمَّا وَجْهٌ عَتَقَ أَحَدَهُمَا بِالْقُرْعَةِ فَهُوَ أَنَّ الْمَتَبَادَرَ إِلَى الْأَفْهَامِ مِنْ هَذَا التَّعْلِيقِ الْخُصُوصُ وَأَنَّهُ إِنَّمَا أُريدَ بِهِ عَتَقَ وَاحِدٌ يَجِيءُ بِالْخَبَرِ فَيَصِيرُ عُمُومٌ هَذَا اللَّفْظُ عُمُومًا بِدَلِيلِهِ لَا عُمُومٌ شُمُولٍ فَلَا يَعْتَقُ بِهِ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدَةٍ فَإِذَا اجْتَمَعَ اثْنَانِ عَلَى الْإِثْنَانِ بِالْخَبَرِ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ وَلَيْسَ هَذَا كَمَا لَوْ قَالَ لِرِزْوَجَاتِهِ: أَتَيْكُنَّ خَرَجَتْ فَهِيَ طَالِقٌ فَإِذَا خَرَجْنَ جَمِيعًا طَلَّقْنَ لِأَنَّ الْخُرُوجَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْجَمِيعِ سَوَاءً. وَأَمَّا الْإِخْبَارُ فَالْمَقْصُودُ مِنْهُ يَحْصُلُ مِنْ أَحَدِ الْمُخْبِرِينَ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْآخَرِ، وَلِهَذَا قُلْنَا: عَلَى أَحَدِ الْوُجُوهِ. وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِرِزْوَجَاتِهِ: مَنْ أَخْبَرْتَنِي مِنْكُنَّ بِكَذَا فَهِيَ طَالِقٌ فَأَخْبَرْتُهُ مُتَفَرِّقَاتٍ أَنَّهُ لَا يُطْلَقُ مِنْهُنَّ إِلَّا الْأُولَى لِأَنَّ مَقْصُودَهُ مِنَ الْإِخْبَارِ وَهُوَ الْإِعْلَامُ حَاصِلٌ بِهَا وَلِهَذَا لَوْ قَالَ: مَنْ دَخَلَ دَارِي فَلَهُ دِرْهَمٌ فَدَخَلَ جَمَاعَةٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ دِرْهَمٌ. وَلَوْ قَالَ: مَنْ جَاءَنِي فَلَهُ دِرْهَمٌ فَجَاءَهُ جَمَاعَةٌ فَلَهُمْ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ بَيْنَهُمْ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي كِتَابِ أَحْكَامِ الْقُرْآنِ قَالَ: لِأَنَّ الشَّرْطَ وَجِدَ مِنَ الْجَمَاعَةِ وَجُودًا وَاحِدًا بِخِلَافِ دُخُولِ الدَّارِ فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ وَجِدَ مِنْهُ دُخُولٌ كَامِلٌ، وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ: مَنْ سَبَقَ فَلَهُ كَذَا فَسَبَقَ اثْنَانِ مَعًا فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: السَّبْقُ الْمَذْكُورُ بَيْنَهُمَا كَمَا لَوْ قَالَ مَنْ رَدَّ ضَالَّتِي فَلَهُ كَذَا فَرَدَّهَا جَمَاعَةٌ. وَالثَّانِي: لِكُلِّ مِنْهُمْ سَبْقٌ كَامِلٌ لِأَنَّهُ سَابِقٌ بِانْفِرَادِهِ، وَحَاصِلُ الْأَمْرِ فِي هَذَا الْبَابِ: أَنَّ الْمُعْلَقَ

عَلَيْهِ تَارَةً يَكُونُ شَيْئًا وَاحِدًا لَا تَعْدُدُ فِيهِ كَرْدُ الْأَبْقَى وَنَحْوِهِ فَلَا يَتَعَدَّدُ الْمَشْرُوطُ بِعَدَدِ الْمُحْصَلِينَ لَهُ؛ لِأَنَّهُمْ اشْتَرَكُوا فِي تَحْصِيلِ شَيْءٍ وَاحِدٍ فَاشْتَرَكُوا فِي اسْتِحْقَاقِ الْمُرْتَبِ عَلَيْهِ وَتَارَةً يَكُونُ قَابِلًا لِلْعَدَدِ وَهُوَ نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: مَا يَكُونُ التَّعَدُّدُ فِيهِ مَقْصُودًا لِدُخُولِ الدَّارِ وَنَحْوِهِ فَيَتَعَدَّدُ الاسْتِحْقَاقُ عَلَى الصَّحِيحِ كَمَا إِذَا قَالَ: مَنْ دَخَلَ دَارِي فَهُوَ حُرٌّ أَوْ فَلَهُ دِرْهَمٌ أَوْ فَهِيَ طَالِقٌ وَكَذَلِكَ تَجِيءُ عَلَى هَذَا إِذَا قَالَ: مَنْ جَاءَنِي فَلَهُ دِرْهَمٌ، لِأَنَّ تَعَدُّدَ الْأَثْنَيْنِ مَطْلُوبٌ بِخِلَافِ مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي. وَمَسْأَلَةُ السَّبْقِ قَدْ يُقَالُ: هِيَ مِنْ هَذَا النَّوْعِ وَقَدْ يُقَالُ: السَّبْقُ لِنَّمَا حَصَلَ مِنَ الْمَجْمُوعِ لَا مِنْ كُلِّ فَرْدٍ مِنْهُمْ، أَوْ كُلُّ فَرْدٍ مِنْهُمْ لَيْسَ بِسَابِقٍ لِلْبَاقِينَ بَلْ هُوَ سَابِقٌ لِمَنْ تَأَخَّرَ عَنْهُ وَمُسَاوٍ لِمَنْ جَاءَهُ فَالْمُتَصَرِّفُ بِالسَّبْقِ هُوَ الْمَجْمُوعُ لَا كُلُّ فَرْدٍ مِنْهُمْ فَلِذَلِكَ اسْتَحَقُّوا جُعْلًا وَاحِدًا وَهَذَا أَظْهَرُ. وَالنَّوْعُ الثَّانِي مَا لَا يَكُونُ التَّعَدُّدُ فِيهِ مَقْصُودًا كَالْإِثْنَانِ بِالْخَبَرِ فَهَلْ يَشْتَرِكُ الْاِثْنَانِ بِهِ فِي الاسْتِحْقَاقِ أَمْ يَخْتَصُّ بِهِ وَاحِدٌ مِنْهُمْ وَيُمَيِّزُ بِالْقُرْعَةِ؟ فِيهِ الْخِلَافُ الَّذِي ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى. وَالَّذِي نَقَلَهُ صَالِحٌ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يُعْتَقُ الْجَمِيعُ وَنَقَلَ حَنْبَلٌ أَنَّهُ يُعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِالْقُرْعَةِ، وَحَمَلُ أَبُو بَكْرٍ رَوَايَةَ صَالِحٍ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ الْعُمُومَ وَرَوَايَةَ حَنْبَلٍ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ وَاحِدًا غَيْرَ مُعَيَّنٍ وَمَا ذَكَرْنَا أَشْبَهُ. وَعَلَى هَذَا يَتَخَرَّجُ مَسْأَلَةٌ أَوْ لَكِنْ يَطْلُعُ عَلَى مَا إِذَا قِيلَ: إِنَّ الْأَوَّلِيَّةَ صِفَةٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُجْتَمِعِينَ لِأَنَّ هَذَا التَّعْلِيلَ لَمْ يَقْصِدْ بِهِ إِلَّا وَاحِدًا غَيْرَ مُعَيَّنٍ لَمْ يَرِدْ بِهِ الْجَمِيعُ وَأَمَّا إِنْ قِيلَ: الْأَوَّلِيَّةُ صِفَةٌ لِلْمَجْمُوعِ يُوجِبُهُ وَقُوعُ الْعِنَقِ وَالطَّلَاقِ.

وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَبَهَ عَبْدُهُ بِعَبْدٍ غَيْرِهِ قَالَ الْقَاضِي: قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يُعْتَقُ عَبْدُهُ الَّذِي يَمْلِكُهُ عَنْ وَاجِبٍ وَغَيْرِهِ ثُمَّ يُقَرِّعُ بَيْنَهُمْ فَيُخْرِجُ عَبْدُهُ بِالْقُرْعَةِ، وَلَوْ اشْتَبَهَتْ زَوْجَتُهُ بِأَجَانِبٍ فَطَلَّقَهَا فَلَهُ إِخْرَاجُهَا بِالْقُرْعَةِ وَنِكَاحُ الْبَوَاقِي عَلَى قِيَاسِ مَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ فِيمَنْ أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعٍ فَطَلَّقَ الْجَمِيعَ ثَلَاثًا أَنَّهُ يُخْرِجُ أَرْبَعًا بِالْقُرْعَةِ ثُمَّ يَنْكِحُ الْبَوَاقِي، وَلَوْ اشْتَبَهَتْ أُخْتُهَا بِأَجَنِّيَّاتٍ، فَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: لَا يَمْتَنِعُ التَّمْيِيزُ بِالْقُرْعَةِ كَمَا لَوْ زَوَّجَ إِحْدَى بَنَاتِهِ بِرَجُلٍ وَاشْتَبَهَ فِيهِنَّ فَإِنَّهَا تُمَيِّزُ بِالْقُرْعَةِ عَلَى الْمَنْصُوصِ.

وَفِي عَمْدِ الْأَدِلَّةِ لِابْنِ عَقِيلٍ لَوْ اخْتَلَطَ عَبْدُهُ بِأَحْرَارٍ لَمْ يُقَرِّعْ وَلَوْ اخْتَلَطَ مِنْ أَعْتَقَهُ وَلَهُ عِتْقُهُ وَمَنْ لَا يَمْلِكُ عِتْقَهُ إِلَّا بِإِجَازَةٍ جَازَ أَنْ يُقَرِّعَ بَيْنَهُمَا لِأَنَّ الْقُرْعَةَ لَا تَعْمَلُ فِي أَكْدِ التَّحْرِيمَيْنِ وَتَعْمَلُ فِي أَيْسَرِهِمَا.

فصل:

وهذه فوائدٌ تُلحقُ بالقواعدِ وهي فوائدٌ مسائلٌ مُشْتَهرةٌ فيها اِختلافٌ في المذهبِ بيني على الاختلافِ فيها فوائدٌ مُتعددةٌ:

الأولى: فمن ذلك ما يُذكرهُ المُسبوقُ في الصلاة هل هو آخرُ صلاتِهِ أو أولُها وفي هذه المسألةِ روايتان عن الإمامِ أحمد: أحدهما: ما يُذكرهُ آخرُ صلاتِهِ وما يَقْضِيهِ أولُها وهو ظاهرُ المذهبِ والثانية: عكسها.

ولهذا الاختلافُ فوائدٌ:

إحداها: محلُّ الاستفتاحِ فعلى الأولى يَسْتَفْتَحُ في أولِ ركعةٍ يَقْضِيها إذ هي أولُ صلاتِهِ نَقَلَهَا حَرْبٌ وفي شرحِ المذهبِ للقاضي لا يشرعُ الاستفتاحُ فيها لفواتِ محلِّهِ وعلى الثانيةِ يَسْتَفْتَحُ في أولِ ركعةٍ يُذكرُها لأنَّها أولته. نَقَلَهَا ابنُ حزم.

الفائدةُ الثانيةُ: التَّعوُّذُ فعلى الأولى يَتَعَوَّذُ إذا قامَ لِلْقِضَاءِ خاصَّةً وعلى الثانيةِ يَتَعَوَّذُ في أولِ ركعةٍ يُذكرُها وهذا بناءٌ على قولنا إنَّ التَّعوُّذَ يَخْتَصُّ بِأَوَّلِ ركعةٍ فأما على قولنا هو مَشْرُوعٌ في كُلِّ ركعةٍ فتُلغى هذه الفائدةُ.

الفائدةُ الثالثةُ: هيئةُ القراءةِ في الجهرِ والإخفاتِ فإذا فاتتهُ الرُّكعتانِ الأولتانِ مِنَ المَغْرَبِ أو العِشاءِ جهرَ في قضائيهما مِنْ غيرِ كراهةٍ نصَّ عليه في روايةِ الأثرمِ وإنَّ أمَّ فيهما وقُلنا: بجوازِهِ سُنَّ لهُ الجهرُ وهذا على الروايةِ الأولى وعلى الثانيةِ لا جهرَ هاهنا.

الفائدةُ الرابعةُ: مقدارُ القراءةِ، ولِلأَصْحَابِ في ذلك طَرِيقان:

أحدهما: أَنَّهُ إذا أدركَ ركعتينِ مِنَ الرُّباعيةِ فَإِنَّهُ يَقْرَأُ في المَقْضِيَّتَيْنِ بِالْحَمْدِ وَسُورَةٍ مَعَهَا على كِلَا الرُّوَايَتَيْنِ. قال ابنُ أبي موسى: لا يَخْتَلِفُ قَوْلُهُ في ذلك وَذَكَرَ الخَلالُ أَنَّ قَوْلَهُ اسْتَقَرَّ على ذلك وفي المَعْنِي هو قولُ الأئمةِ الأربعةِ لا نَعْلَمُ عَنْهُمْ فِيهِ خِلَافًا.

والطَّرِيقُ الثاني: بناؤُهُ على الرُّوَايَتَيْنِ فَإِنْ قُلْنَا: ما يَقْضِيهِ أولُ صلاتِهِ فَكَذَلِكَ وَإِلَّا أَقْتَصَرَ فِيهِ على الفاتحةِ وهي طَرِيقَةُ القاضي وَمَنْ بَعْدَهُ وَذَكَرَهُ ابنُ أبي موسى تَخْرِيجًا وَقَدْ نصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ في روايةِ الأثرمِ وَأَوَّماً إِلَيْهِ في روايةِ حَرْبٍ وَغَيْرِهِ وَأَنْكَرَ صَاحِبُ المُحَرَّرِ الطَّرِيقَةَ الأولى وَقَالَ: لا يَتَوَجَّهُ إِلَّا على رأيٍ مَنْ رَأَى قِرَاءَةَ السُّورَةِ في كُلِّ ركعةٍ أو على رأيٍ مَنْ رَأَى قِرَاءَةَ السُّورَتَيْنِ في الأَخْرَتَيْنِ إذا نَسِيَهُمَا في الأولَتَيْنِ. قُلْتُ. وَقَدْ أَشارَ أَحْمَدُ إلى ما خِذَ ثَالِثٌ وَهُوَ الاحتِياطُ لِلتَّرَدُّدِ فِيهِمَا، وَقِرَاءَةُ السُّورَةِ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ فيَحْتَاطُ لَهَا أَكْثَرُ مِنَ الاستفتاحِ

وَالْإِسْتِعَاذَةُ وَلَوْ أَدْرَكَ مِنَ الرَّبَاعِيَّةِ رَكْعَةً وَاحِدَةً فَإِنْ قُلْنَا: مَا يَقْضِيهِ أُولَى صَلَاتِهِ قَرَأَ فِي الْأُولَتَيْنِ مِنَ الثَّلَاثَةِ بِالْحَمْدِ وَسُورَةَ وَفِي الثَّلَاثَةِ بِالْحَمْدِ وَحَدَهَا. وَنَقَلَ عَنْهُ الْمِمْوْنِيُّ يَحْتَاطُ وَيَقْرَأُ فِي الثَّلَاثِ بِالْحَمْدِ وَسُورَةَ قَالَ الْخَلَّالُ رَجَعَ عَنْهَا أَحْمَدُ.

الْفَائِدَةُ الْخَامِسَةُ: قُنُوتُ الْوُتْرِ إِذَا أَدْرَكَ الْمَسْبُوقُ مَعَ مَنْ يُصَلِّي الْوُتْرَ بِسَلَامٍ وَاحِدٍ فَإِنَّهُ يَقَعُ فِي مَحَلِّهِ وَلَا يُعِيدُهُ إِنْ قُلْنَا: مَا يُدْرِكُهُ آخِرُ صَلَاتِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: أَوَّلُهَا أَعَادَهُ فِي آخِرِ رَكْعَةٍ يَقْضِيهَا.

الْفَائِدَةُ السَّادِسَةُ: تَكْثِيرَاتُ الْعِيدِ الزَّوَائِدُ إِذَا أَدْرَكَ الْمَسْبُوقُ الرَكْعَةَ الثَّانِيَةَ مِنَ الْعِيدِ فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ أَوَّلُ صَلَاتِهِ كَبَّرَ خَمْسًا فِي الْمَقْضِيَّةِ وَإِلَّا كَبَّرَ سَبْعًا.

الْفَائِدَةُ السَّابِعَةُ: إِذَا سَبَقَ بَعْضُ تَكْثِيرَاتِ صَلَاةِ الْجَنَازَةِ فَإِنْ قُلْنَا: مَا يُدْرِكُهُ آخِرَ صَلَاتِهِ تَابَعَ الْإِمَامَ فِي الذِّكْرِ الَّذِي هُوَ فِيهِ ثُمَّ قَرَأَ فِي أَوَّلِ تَكْثِيرَةٍ يَقْضِيهَا وَإِنْ قُلْنَا: مَا يُدْرِكُهُ أَوَّلُ صَلَاتِهِ قَرَأَ فِيهَا بِالْفَاتِحَةِ.

الْفَائِدَةُ الثَّامِنَةُ: مَحَلُّ التَّشَهُّدِ الْأَوَّلِ فِي حَقِّ مَنْ أَدْرَكَ مِنَ الْمَغْرِبِ أَوْ الرَّبَاعِيَّةِ رَكْعَةً وَفِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: عَقِيبَ قَضَاءِ رَكْعَةٍ. وَالثَّانِيَةُ: عَقِيبَ رَكْعَتَيْنِ نَقَلَهَا حَرْبٌ. وَالْأُولَى اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَذَكَرَ الْخَلَّالُ أَنَّ الرِّوَايَاتِ اسْتَفْرَتْ عَلَيْهَا، وَاخْتَلَفَ فِي بِنَاءِ الرِّوَايَتَيْنِ فَقِيلَ: عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ إِنْ قُلْنَا: مَا يَقْضِيهِ أَوَّلُ صَلَاتِهِ لَمْ يَجْلِسْ إِلَّا عَقِيبَ رَكْعَتَيْنِ وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ آخِرُهَا تَشَهُّدُ عَقِيبَ رَكْعَةٍ لَأَنَّهَا ثَانِيَةٌ وَهَذِهِ طَرِيقَةُ ابْنِ عَقِيلٍ فِي فَصُولِهِ وَأَوَمَّا إِلَيْهَا أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ. وَقِيلَ إِنَّ الرِّوَايَتَيْنِ عَلَى قَوْلِنَا مَا يُدْرِكُهُ آخِرَ صَلَاتِهِ وَهِيَ طَرِيقَةُ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ وَغَيْرِهِ وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى ذَلِكَ صَرِيحًا فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ وَالْبَرَاثِيِّ مُفْرَقًا بَيْنَ الْقِرَاءَةِ وَالتَّشَهُّدِ وَعَلَّلَ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ بِأَنَّهُ احْتَاطَ بِالْجَمْعِ مِنْ مَذْهَبِ ابْنِ مَسْعُودٍ فِي الْجُلُوسِ عَقِيبَ رَكْعَةٍ وَهُوَ مَذْهَبُ ابْنِ عُمَرَ فِي الْقِرَاءَةِ فِي الرُّكْعَتَيْنِ وَقَدْ صَحَّ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ يَجْلِسُ عَقِيبَ رَكْعَةٍ مَعَ قَوْلِهِ أَنَّ مَا أَدْرَكَهُ مَعَ الْإِمَامِ آخِرَ صَلَاتِهِ نَقَلَهُ عَنْهُ أَحْمَدُ. وَزَعَمَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ أَنَّ الْكُلَّ جَائِزٌ.

وَبَرَدَهُ مَا نَقَلَهُ مُهَنَّأٌ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ إِذَا جَلَسَ عَقِيبَ رَكْعَتَيْنِ سَجَدَ لِلسَّهْوِ فَجَعَلَهُ كِتَارِكُ التَّشَهُّدِ الْأَوَّلِ، وَمِمَّا يَحْسُنُ تَخْرِيجُهُ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ وَلَكِنْ نَجِدُهُ مَقُولًا تَطْوِيلُ الرُّكْعَةِ الْأُولَى عَلَى الثَّانِيَةِ وَتَرْتِيبُ السُّورَتَيْنِ فِي الرُّكْعَتَيْنِ فَأَمَّا رَفْعُ الْيَدَيْنِ إِذَا أَقَامَ مِنَ التَّشَهُّدِ الْأَوَّلِ

إِذَا قُلْنَا: بِاسْتِحْبَابِهِ فَيَحْتَمَلُ أَنْ يَرْفَعَ إِذَا قَامَ إِلَى الرَّكْعَةِ الْمَحْكُومِ بِأَنَّهَا ثَالِثَةٌ سَوَاءٌ قَامَ عَنْ تَشَهُدٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَرْفَعَ إِذَا قَامَ مِنْ تَشَهُدِهِ الْأَوَّلِ الْمُعْتَدِّ بِهِ سَوَاءٌ كَانَ عَقِيبَ الثَّانِيَةِ أَوْ لَمْ يَكُنْ لِأَنَّ مَحَلَّ هَذَا الرَّفْعِ هُوَ الْقِيَامُ مِنْ هَذَا التَّشَهُدِ فَيَتَبَعُهُ حَيْثُ كَانَ وَهَذَا أَظْهَرُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الثَّانِيَّةُ: الزَّكَاةُ هَلْ تَجِبُ فِي عَيْنِ النَّصَابِ أَوْ ذِمَّةِ مَالِكِهِ. اخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي ذَلِكَ عَلَى طَرَفَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنَّ الزَّكَاةَ تَجِبُ فِي الْعَيْنِ رَوَايَةً وَاحِدَةً. وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ.

وَالثَّانِيَّةُ: أَنَّ الزَّكَاةَ تَجِبُ فِي الذِّمَّةِ رَوَايَةً وَاحِدَةً وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي الْخَطَّابِ فِي الْإِنْتِصَارِ وَصَاحِبِ التَّلْخِصِ مُتَابِعَةً لِلْخَرَقِيِّ.

وَالثَّالِثَةُ: أَنَّهَا تَجِبُ فِي الذِّمَّةِ وَتَتَعَلَّقُ بِالنَّصَابِ وَقَعَ ذَلِكَ فِي كَلَامِ الْقَاضِي وَأَبِي الْخَطَّابِ وَغَيْرِهِمَا وَهِيَ طَرِيقَةُ الشَّيْخِ تَقِي الدِّينِ.

وَالرَّابِعَةُ: أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَيْنِ: إِحْدَاهُمَا: تَجِبُ فِي الْعَيْنِ. وَالثَّانِيَّةُ: فِي الذِّمَّةِ وَهِيَ طَرِيقَةُ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ الْمُتَأَخِّرِينَ وَفِي كَلَامِ أَبِي بَكْرٍ فِي الشَّافِعِيِّ مَا يَدُلُّ عَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ وَلَكِنْ آخِرَ كَلَامِهِ يُشْعِرُ بِتَنْزِيلِ الْقَوْلَيْنِ عَلَى اخْتِلَافِ حَالَيْنِ وَهُمَا يَسَارُ الْمَالِكِ وَإِعْسَارُهُ فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا وَجَبَتْ الزَّكَاةُ فِي ذِمَّتِهِ وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا وَجَبَتْ فِي عَيْنِ مَالِهِ وَهُوَ غَرِيبٌ.

وَلِاخْتِلَافٍ فِي مَحَلِّ التَّعَلُّقِ؛ هَلْ هُوَ الْعَيْنُ أَوْ الذِّمَّةُ؟ فَوَائِدُ كَثِيرَةٌ:

الْأُولَى: إِذَا مَلَكَ نَصَابًا وَاحِدًا وَلَمْ يُؤَدِّ زَكَاتَهُ أَحْوَالًا فَإِنْ قُلْنَا: الزَّكَاةُ فِي الْعَيْنِ وَجَبَتْ زَكَاتُ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ دُونَ مَا بَعْدَهُ وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ وَاخْتَارَهُ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ لِأَنَّ قَدْرَ الزَّكَاةِ زَالَ الْمِلْكُ فِيهِ عَلَى قَوْلٍ وَعَلَى آخَرَ ضَعُفَ الْمِلْكُ فِيهِ لَا سِتِحْقَاقَ تَمَلُّكِهِ وَالْمُسْتَحَقُّ فِي حُكْمِ الْمُؤَدَّى فَصَارَ كَالْمُنْدُورِ سَوَاءً، فَإِنَّ الْمُنْدُورَ يَجُوزُ عِنْدَنَا إِبْدَالُهُ بِمِثْلِهِ وَهَذَا كَذَلِكَ وَإِنْ قُلْنَا: الزَّكَاةُ فِي الذِّمَّةِ وَجَبَتْ لِكُلِّ حَوْلٍ إِلَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّ دِينَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ يَمْنَعُ الزَّكَاةَ. وَقَالَ السَّامِرِيُّ: يَتَكَرَّرُ زَكَاتُهُ لِكُلِّ حَوْلٍ عَلَى الْقَوْلَيْنِ وَتَأَوَّلَ كَلَامَ أَحْمَدَ بِتَأْوِيلٍ فَاسِدٍ وَهَذَا فِيمَا كَانَتْ زَكَاتُهُ مِنْ جَنْسِهِ فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ كَالْإِبِلِ الْمُرْكَاةِ بِالْعَنَمِ تَكَرَّرَتْ لِكُلِّ حَوْلٍ عَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ نَصَّ عَلَيْهِ مُعَلَّلًا بِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَحَقَّ إِخْرَاجَ جُزْءٍ مِنْهُ فَيَبْقَى الْمِلْكُ فِيهِ تَامًا وَهَذَا

مَا ذَكَرَ الْخَلَالَ وَابْنُ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ وَذَكَرَ الشَّيْكَارِزِيُّ فِي الْمُبْهَجِ أَنَّهُ كَالْأَوَّلِ لَا يَجِبُ سِوَى زَكَاةٍ رَاحِدَةٍ وَمَتَى اسْتَأْصَلْتَ الزَّكَاةُ الْمَالَ سَقَطَتْ بَعْدَ ذَلِكَ صَرَحَ بِهِ فِي التَّلْخِصِ وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ مُهْتَا عَلَى وَجُوبِهَا فِي الدِّينِ بَعْدَ اسْتِغْرَاقِهِ بِالزَّكَاةِ، فِيمَا أَنَّ يُحْمَلُ ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلِ بِالْوُجُوبِ فِي الدِّمَّةِ وَلَمَّا أَنَّ يُفْرَقَ بَيْنَ الدِّينِ وَالْعَيْنِ بِأَنَّ الدِّينَ وَصَفٌ حَكْمِيٌّ لَا وَجُودَ لَهُ فِي الْخَارِجِ فَتَعَلَّقُ زَكَاتُهُ بِالدِّمَّةِ رَوَايَةً وَاحِدَةً، وَلَكِنْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ غَيْرِ وَاحِدَةٍ عَلَى التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الدِّينِ وَالْعَيْنِ فِي امْتِنَاعِ الزَّكَاةِ فِيمَا بَعْدَ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ. وَصَرَحَ بِذَلِكَ أَبُو بَكْرٍ وَغَيْرُهُ.

تَنْبِيْهٌ: تَعَلَّقُ الزَّكَاةُ بِالْعَيْنِ مَانِعٌ مِنْ وَجُوبِ الزَّكَاةِ فِي الْحَوْلِ الثَّانِي وَمَا بَعْدَهُ وَهَلْ هُوَ مَانِعٌ مِنْ انْعِقَادِ الْحَوْلِ الثَّانِي ابْتِدَاءً؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ مَانِعٌ مِنْهُ لِقُصُورِ الْمَلِكِ فَهُوَ كَدَيْنِ الْأَدَمِيِّ وَأَوَّلَى لِتَعَلُّقِهِ بِالْعَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي شَرْحِ الْمَذْهَبِ وَصَاحِبِ الْمُغْنِيِّ. وَالثَّانِي: أَنَّهُ غَيْرُ مَانِعٍ مِنَ الْانْعِقَادِ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ وَابْنُ عَقِيلٍ وَنَقَلَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ الْإِتْفَاقَ عَلَيْهِ وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا ذَكَرَهُ الْخَلَالَ فِي الْجَامِعِ وَأُورِدَ عَنْ أَحْمَدَ مِنْ رَوَايَةٍ حَنْبَلٍ مَا يَشْهَدُ لَهُ فَلَوْ أَخْرَجَ الزَّكَاةُ الْأَوَّلَى مِنْ غَيْرِ النَّصَابِ فِي أَثْنَاءِ الْحَوْلِ الثَّانِي بَنِيَ الْحَوْلَ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ مِنْ غَيْرِ فَصَلَّ بَيْنَهُمَا عَلَى هَذَا. وَعَلَى الْأَوَّلِ يَسْتَأْنِفُهُ مِنْ حِينَ الْإِخْرَاجِ وَيَبْنِي عَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ مَسْأَلَةٌ مَعْرُوفَةٌ فِي بَابِ الْخُلْطَةِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الْفَائِدَةُ الثَّانِيَةُ: إِذَا تَلَفَ النَّصَابُ أَوْ بَعْضُهُ قَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنْ آدَاءِ الزَّكَاةِ وَبَعْدَ تِمَامِ الْحَوْلِ فَالْمَذْهَبُ الْمَشْهُورُ أَنَّ الزَّكَاةَ لَا تَسْقُطُ بِذَلِكَ إِلَّا زَكَاةُ الزَّرْعِ وَالْثَمَارِ إِذَا تَلَفَ بِجَائِحَةٍ قَبْلَ الْقَطْعِ فَيَسْقُطُ زَكَاتُهَا اتِّفَاقًا لَا تَنْفَاءَ التَّمَكُّنِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ، بِهَا وَخَرَجَ ابْنُ عَقِيلٍ وَجْهًا بِوُجُوبِ زَكَاتِهَا أَيْضًا وَهُوَ ضَعِيفٌ مُخَالَفٌ لِلْإِجْمَاعِ، وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةٌ ثَانِيَةٌ بِالسَّقُوطِ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ هِيَ عَامَةٌ فِي جَمِيعِ الْأَمْوَالِ وَمِنْهُمْ مَنْ خَصَّهَا بِالْمَالِ الْبَاطِنِ دُونَ الظَّاهِرِ وَمِنْهُمْ مَنْ عَكَسَ ذَلِكَ وَمِنْهُمْ مَنْ خَصَّهَا بِالْمَوَاشِيِّ. وَاخْتَلَفُوا فِي مَأْخَذِ الْخِلَافِ عَلَى طَرِيقَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ الْبِنَاءُ عَلَى الْخِلَافِ فِي مَحَلِّ الزَّكَاةِ فَإِنْ قِيلَ هُوَ الدِّمَّةُ لَمْ يَسْقُطْ وَإِلَّا سَقَطَتْ وَهُوَ طَرِيقُ الْحُلَوَائِيِّ فِي التَّبَصُّرَةِ وَالسَّامِرِيِّ وَقِيلَ: إِنَّهُ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ وَفِي كَلَامِ أَحْمَدَ إِيْمَاءٌ إِلَيْهِ أَيْضًا.

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي: عَدَمُ الْبِنَاءِ عَلَى ذَلِكَ وَهُوَ طَرِيقُ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ فَوَجْهُ اسْتِقْرَارِ

الْجُوبِ مُطْلَقًا إِنَّمَا إِنْ قُلْنَا: التَّعَلُّقُ بِالذِّمَّةِ فَظَاهِرٌ وَإِنْ قُلْنَا: بِالْعَيْنِ فَلَاَنَّ وَجُوبَهَا كَانَ شُكْرًا لِنِعْمَةٍ ثُمَّ سَبَبًا وَهُوَ النَّصَابُ الْبَاقِي النَّامِي وَشَرْطُهَا وَهُوَ الْحَوْلُ فَاسْتَقَرَّ وَجُوبُهَا بِتِمَامِ الْإِنْتِفَاعِ بِهَذَا الْمَالِ حَوْلًا كَالْأَجْرَةِ الْمُعِينَةِ الْمُسْتَقَرَّةِ بِانْقِضَاءِ مَدَّةِ الْإِجَارَةِ وَأَيْضًا فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ تَعَلَّقُهَا بِالْعَيْنِ وَلَا يَبْقَى تَعَلُّقُهَا بِالذِّمَّةِ فَهِيَ كَدَيْنِ الرَّهْنِ وَوَجْهُ السَّقُوطِ مُطْلَقًا أَنَا إِنْ قُلْنَا: تَعَلَّقُهَا بِالْعَيْنِ فَوَاضِحٌ كَالْأَمَانَاتِ وَالْعَبْدِ الْجَانِي، وَإِنْ قُلْنَا: بِالذِّمَّةِ فَالْوُجُوبُ إِنَّمَا يَسْتَقَرُّ فِيهَا بِالتَّمَكُّنِ مِنَ الْفِعْلِ كَالصَّلَاةِ عَلَى رَوَابِيهِ، يُوضِّحُهُ أَنَّ الزَّكَاةَ وَجِبَتْ مُسَاوَاةً لِلْفُقَرَاءِ مِنَ الْمَالِ فَيَسْقُطُ بِتَلَفِهِ وَفَقْرٍ صَاحِبِهِ وَاخْتَارَ السَّقُوطُ مُطْلَقًا صَاحِبُ الْمُعْنِي.

الْفَائِدَةُ الثَّلَاثَةُ: إِذَا مَاتَ مَنْ عَلَيْهِ زَكَاةٌ أَوْ دَيْنٌ وَصَافَتِ التَّرَكَّةُ عَنْهُمَا فَلَا مَنصُوصٌ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُمَا يَتَحَاصَّنَانِ. نَقَلَهُ عَنْهُ أَحْمَدُ بْنُ الْقَاسِمِ وَحَرَبٌ وَيَعْقُوبُ بْنُ بُخْتَانَ. وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي ذَلِكَ فَمِنْهُمْ مَنْ أَقَرَّ النَّصَّ عَلَى ظَاهِرِهِ وَأَجْرَى الْمُحَاصَّةَ عَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ فِي مَحَلِّ الزَّكَاةِ لِأَنَّ إِنْ قُلْنَا: هُوَ الذِّمَّةُ فَقَدْ تَسَاوَا فِي مَحَلِّ التَّعَلُّقِ وَفِي أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا حَقٌّ لِأَدَمِيٍّ، وَتَمَتَّازُ الزَّكَاةُ بِأَنَّهَا مِنْ حَقِّ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَإِنْ قُلْنَا: الْعَيْنُ فَدَيْنٌ الْأَدَمِيُّ يَتَعَلَّقُ بَعْدَ مَوْتِهِ بِالتَّرَكَّةِ أَيْضًا فَيَتَسَاوَيَانِ وَهَذِهِ طَرِيقَةُ أَبِي الْخَطَّابِ وَصَاحِبِ الْمُحَرَّرِ، وَمِنْهُمْ مَنْ حَمَلَ النَّصَّ بِالْمُحَاصَّةِ عَلَى الْقَوْلِ بِتَعَلُّقِ الزَّكَاةِ بِالذِّمَّةِ لِاسْتَوَائِهَا فِي مَحَلِّ التَّعَلُّقِ فَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِتَعَلُّقِهَا بِالنَّصَابِ فَتَقَدَّمَ الزَّكَاةُ لِتَعَلُّقِهَا بِالْعَيْنِ كَدَيْنِ الرَّهْنِ وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَالسَّامِرِيِّ. وَفِي كَلَامِ أَحْمَدَ إِمَاءٌ إِلَيْهَا وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ وَافَقَ عَلَى هَذَا الْبِنَاءِ لَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ النَّصَابُ مُوجُودًا إِذْ لَا تَعَلُّقَ بِالْعَيْنِ إِلَّا مَعَ وَجُودِهِ فَأَمَّا مَعَ تَلَفِهِ فَالزَّكَاةُ فِي الذِّمَّةِ فَيُسَاوِي دَيْنَ الْأَدَمِيِّ وَهَذَا تَخْرِيجٌ فِي الْمُحَرَّرِ مَعَ أَنَّ صَاحِبَهُ ذَكَرَ فِي شَرْحِ الْهِدَايَةِ أَنَّ النَّصَابَ مَتَى كَانَ مُوجُودًا قُدِّمَتِ الزَّكَاةُ سَوَاءً قُلْنَا: يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ أَوْ بِالذِّمَّةِ لَا تَعَلُّقَ بِسَبَبِ الْمَالِ يَزْدَادُ بِزِيَادَتِهِ وَيَنْقُصُ بِنَقْصِهِ وَيَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ صِفَاتِهِ وَالزَّكَاةُ مِنْ قَبْلِ مَوْنِ الْمَالِ وَحَقُّوقِهِ وَنَوَائِيبِهِ فَيَقْدَمُ كَذَلِكَ عَلَى سَائِرِ الدِّيُونِ، وَحَمَلَ نَصُّ أَحْمَدَ بِالْمُحَاصَّةِ عَلَى حَالَةِ عَدَمِ النَّصَابِ. فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمَالِكُ حَيًّا وَأَفْلَسَ فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ يُقَدِّمُ الدَّيْنَ عَلَى الزَّكَاةِ لِأَنَّ تَأَخُّرَ إِخْرَاجِ الزَّكَاةِ سَائِغٌ لِلْعُذْرِ وَهُوَ مُحْتَاجٌ هَاهُنَا إِلَى إِسْقَاطِ مُطَالَبَةِ الْأَدَمِيِّ لَهُ وَمِلَازِمَتِهِ وَحَبْسِهِ فَيَكُونُ عُذْرًا لَهُ فِي التَّأَخُّرِ بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ فَإِنَّهُ لَوْ قُدِّمَ دَيْنُ الْأَدَمِيِّ لَفَاتَتْ الزَّكَاةُ بِالْكُلِّيَّةِ وَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ أَنَّهُ تُقَدِّمُ الزَّكَاةَ حَتَّى فِي حَالَةِ الْحَجَرِ وَهَذَا قَدْ يَنْتَزِلُ عَلَى الْقَوْلِ بِالْوُجُوبِ فِي الْعَيْنِ إِلَّا أَنَّ صَاحِبَ شَرْحِ الْهِدَايَةِ

صَرَاحَ بِتَقْدِيمِهَا عَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ مَعَ بَقَاءِ النَّصَابِ كَقَوْلِهِ فِيمَا بَعْدَ الْمَوْتِ عَلَى مَا سَبَقَ.

الفائدة الرابعة: إِذَا كَانَ النَّصَابُ مَرَهُونًا وَوَجِبَتْ فِيهِ الزَّكَاةُ فَهَلْ تُؤَدَّى زَكَاتُهُ مِنْهَا هَاهُنَا حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ يُؤَدِّي مِنْهُ الزَّكَاةَ فَتُؤَدَّى الزَّكَاةُ مِنْ عَيْنِهِ صَرَاحٌ بِهِ الْخِرَقِيُّ وَالْأَصْحَابُ وَلَهُ مَاخِذَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الزَّكَاةَ يَنْحَصِرُ تَعَلُّقُهَا بِالْعَيْنِ، وَدَيْنَ الرَّهْنِ يَتَعَلَّقُ بِالدِّمَّةِ وَالْعَيْنِ فَيُقَدَّمُ عِنْدَ التَّرَاحُمِ، وَمَا اخْتَصَّ تَعَلُّقُهُ بِالْعَيْنِ كَمَا يُقَدَّمُ حَقُّ الْجَانِي عَلَى الْمُرْتَهِنِ إِذَا لَحِقَ الْمُنْحَصِرُ فِي الْعَيْنِ يَفُوتُ بِفَوَاتِهَا بِخِلَافِ الْمُتَعَلِّقِ بِالدِّمَّةِ مَعَ الْعَيْنِ فَإِنَّهُ يَسْتَوْفِي مِنَ الدِّمَّةِ عِنْدَ فَوَاتِ الْعَيْنِ وَهَذَا مَاخِذُ الْقَاضِي وَفِيهِ ضَعْفٌ فَإِنَّ الزَّكَاةَ عِنْدَنَا لَا تَسْقُطُ بِتَلَفِ النَّصَابِ مُطْلَقًا بَلْ تَتَعَلَّقُ بِالدِّمَّةِ حَيْثُ ذُوَّهَا إِذَا كَدَيْنَ الرَّهْنُ، وَالْأَظْهَرُ فِي هَذَا أَنَّ يُقَالُ تَعَلَّقَ الزَّكَاةَ قَهْرِيٌّ وَتَعَلَّقَ الرَّهْنُ اخْتِيَارِيٌّ، وَالْقَهْرِيُّ أَقْوَى كَالْجَنَابَةِ أَوْ يُقَالُ هُوَ تَعَلَّقَ بِسَبَبِ الْمَالِ وَتَعَلَّقَ الرَّهْنُ بِسَبَبِ خَارِجِيٍّ وَالتَّعَلُّقُ بِسَبَبِ الْمَالِ يُقَدَّمُ كَجَنَابَةِ الْعَبْدِ الْمَرَهُونِ عَلَى هَذَا الْمَأْخِذِ مَتَى قِيلَ: يَتَعَلَّقُ الزَّكَاةُ بِالدِّمَّةِ خَاصَّةً لَمْ يُقَدَّمْ عَلَى حَقِّ الْمُرْتَهِنِ لِتَعَلُّقِهِ بِالْعَيْنِ وَصَرَاحٌ بِهِ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ.

وَالْمَأْخِذُ الثَّانِي: أَنَّ النَّصَابَ سَبَبُ دَيْنِ الزَّكَاةِ يُقَدَّمُ دَيْنُهَا عِنْدَ مُزَاحَمَةِ غَيْرِهِ مِنَ الدُّيُونِ فِي النَّصَابِ كَمَا يُقَدَّمُ مَنْ وَجِدَ عَيْنُ مَالِهِ عِنْدَ رَجُلٍ أَفْلَسَ وَهَذَا مَاخِذُ صَاحِبِ التَّلْخِيصِ وَعَلَى هَذَا فَلَا يَفْرُقُ الْحَالُ بَيْنَ قَوْلِنَا: تَتَعَلَّقُ الزَّكَاةُ بِالدِّمَّةِ أَوْ بِالْعَيْنِ. الْحَالَةُ الثَّانِيَةُ أَنْ يَكُونَ لِلْمَالِكِ مَالٌ يُؤَدِّي مِنْهُ الزَّكَاةَ غَيْرُ الرَّهْنِ فَلَيْسَ لَهُ آدَاءُ الزَّكَاةِ مِنْهُ بِدُونِ إِذْنِ الْمُرْتَهِنِ عَلَى الْمَذْهَبِ. وَذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ أَيْضًا؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ مَانِعٌ مِنْ تَصَرُّفِ الرَّاهِنِ فِي الرَّهْنِ بِدُونِ إِذْنِ وَالزَّكَاةَ لَا يَتَعَيَّنُ إِخْرَاجُهَا مِنْهُ. وَذَكَرَ السَّامِرِيُّ أَنَّهُ مَتَى قُلْنَا: الزَّكَاةُ تَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ فَلَهُ إِخْرَاجُهَا مِنْهُ أَيْضًا لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ قَهْرِيٌّ وَيَنْحَصِرُ فِي الْعَيْنِ فَهُوَ كَحَقِّ الْجَنَابَةِ.

الفائدة الخامسة: التَّصَرُّفُ فِي النَّصَابِ أَوْ بَعْضِهِ بَعْدَ الْحَوْلِ بَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ وَالْمَذْهَبُ صِحَّتُهُ وَنَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ قَالَ الْأَصْحَابُ وَسَوَاءٌ قُلْنَا: الزَّكَاةُ فِي الْعَيْنِ أَوْ فِي الدِّمَّةِ وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ فِي الشَّافِيِّ أَنَّا إِنْ قُلْنَا: الزَّكَاةُ فِي الدِّمَّةِ صَحَّ التَّصَرُّفُ مُطْلَقًا وَإِنْ قُلْنَا فِي الْعَيْنِ: لَمْ يَصَحَّ التَّصَرُّفُ فِي مِقْدَارِ الزَّكَاةِ وَهَذَا لِمُدْبَرِّ عَلَى قَوْلِنَا: أَنَّ تَعَلَّقَ الزَّكَاةُ تَعَلَّقَ شَرَكَةٍ أَوْ رَهْنٍ صَرَاحٌ بِهِ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ وَتَرَكَ أَبُو بَكْرٍ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ الرَّوَايَتَيْنِ الْمَنْصُوصَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْمَرْأَةِ إِذَا وَهَبَتْ زَوْجَهَا مَهْرَهَا الَّذِي لَهَا فِي ذِمَّتِهِ فَهَلْ تَجِبُ زَكَاتُهُ عَلَيْهِ أَوْ عَلَيْهَا

قَالَ فَإِنْ صَحَّحْنَا هِبَةَ الْمَهْرِ جَمِيعِهِ فَعَلَى الْمَرْأَةِ إِخْرَاجُ زَكَاتِهِ مِنْ مَالِهَا وَإِنْ صَحَّحْنَا الْهِبَةَ فِيمَا عَدَا مِقْدَارَ الزَّكَاةِ كَانَ قَدْرُ الزَّكَاةِ حَقًّا لِلْمَسَاكِينِ فِي ذِمَّةِ الزَّوْجِ فَيَلْزِمُهُ آدَاؤُهُ إِلَيْهِمْ وَيَسْقُطُ عَنْهُ بِالْهِبَةِ مَا عَدَاهُ وَهَذَا بِنَاءٌ غَرِيبٌ جِدًّا. وَعَلَى الْمَذْهَبِ فَلَوْ بَاعَ النِّصَابُ كُلَّهُ تَعَلَّقَتْ الزَّكَاةُ بِذِمَّتِهِ حَيْثُ ثَلَاثُو بَغِيرٍ خِلَافًا كَمَا لَوْ تَلَفَ فَإِنْ عَجَزَ عَنْ آدَائِهَا فَطَرِيقَانِ: أَحَدُهُمَا: مَا قَالَهُ صَاحِبُ شَرْحِ الْهِدَايَةِ: إِنْ قُلْنَا: الزَّكَاةُ فِي الذِّمَّةِ ابْتِدَاءً لَمْ يَفْسَخِ الْبَيْعُ كَمَا لَوْ وَجَبَ عَلَيْهِ دَيْنٌ الْأَدْمِيُّ وَهُوَ مُوسِرٌ فَبَاعَ مَتَاعَهُ ثُمَّ أَعْسَرَ، وَإِنْ قُلْنَا: فِي الْعَيْنِ فَسَخَ الْعَقْدُ فِي قَدَرِهَا تَقْدِيمًا لِحَقِّ الْمَسَاكِينِ لِسَبْقِهِ. وَالثَّانِي: مَا قَالَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ إِنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي ذِمَّتِهِ كَسَائِرِ الدِّيُونِ بِكُلِّ حَالٍ ثُمَّ ذَكَرَ أَحْتِمَالًا بِالْفَسْخِ فِي مِقْدَارِ الزَّكَاةِ مِنْ غَيْرِ بِنَاءٍ عَلَى مَحَلِّ التَّعَلُّقِ.

الْفَائِدَةُ السَّادِسَةُ: لَوْ كَانَ النِّصَابُ غَائِبًا عَنْ مَالِكِهِ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْإِخْرَاجِ مِنْهُ لَمْ يَلْزِمُهُ إِخْرَاجُ زَكَاتِهِ حَتَّى يَتِمَّكَنَ مِنَ الْآدَاءِ مِنْهُ. نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ مُهَنَّاتٍ وَصَرَّحَ بِهِ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ فِي مَوْضِعٍ مِنْ شَرْحِ الْهِدَايَةِ لِأَنَّ الزَّكَاةَ مُوَاسَاةً فَلَا يَلْزِمُ آدَاؤَهَا قَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِالْمَالِ الْمُوَاسِي مِنْهُ، وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ ثَوَابٍ فِيمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ زَكَاةُ مَالٍ فَاقْرَضَهُ أَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ آدَاؤُ زَكَاتِهِ حَتَّى يَقْبِضَهُ لِأَنَّ عَوْدَهُ مَرْجُوٌّ بِخِلَافِ الثَّالِفِ بَعْدَ الْحَوْلِ وَهَذَا لَعَلَّهُ يَرْجِعُ إِلَى أَنَّ آدَاءَ الزَّكَاةِ يَجِبُ عَلَى الْفَوْرِ. وَقَالَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ: يَلْزِمُهُ آدَاءُ زَكَاتِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ حُكْمًا وَلِهَذَا يَتَلَفُ مِنْ ضَمَانِهِ بِخِلَافِ الدِّينِ الَّذِي فِي ذِمَّةِ غَرِيمِهِ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ صَاحِبُ شَرْحِ الْهِدَايَةِ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ وَأَشَارَ فِي مَوْضِعٍ إِلَى بِنَاءِ ذَلِكَ عَلَى مَحَلِّ الزَّكَاةِ فَإِنْ قُلْنَا: الذِّمَّةُ، لَزِمَهُ الْإِخْرَاجُ عَنْهُ مِنْ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ زَكَاتَهُ لَا تَسْقُطُ بِتَلَفِهِ بِخِلَافِ الدِّينِ، وَإِنْ قُلْنَا: الْعَيْنُ، لَمْ يَلْزِمُهُ الْإِخْرَاجُ حَتَّى يَتِمَّكَنَ مِنْ قَبْضِهِ وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ وَوُجُوبُ الزَّكَاةِ عَنِ الْغَائِبِ إِذَا تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ مُخَالَفٌ لِكَلَامِ أَحْمَدَ.

الْفَائِدَةُ السَّابِعَةُ: إِذَا أَخْرَجَ رَبُّ الْمَالِ زَكَاةَ حَقِّهِ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ مِنْهُ فَهَلْ يُحْسَبُ مَا أَخْرَجَهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَنَصِيبِهِ مِنَ الرَّبْحِ أَمْ مِنْ نَصِيبِهِ مِنَ الرَّبْحِ خَاصَّةً؟ عَلَى وَجْهَيْنِ مَعْرُوفَيْنِ بِنَاهُمَا بَعْضُ الْأَصْحَابِ عَلَى الْخِلَافِ فِي مَحَلِّ التَّعَلُّقِ فَإِنْ قُلْنَا: الذِّمَّةُ فَهِيَ مَحْسُوبَةٌ مِنَ الْأَصْلِ وَالرَّبْحُ كَقَضَاءِ الدِّيُونِ وَإِنْ قُلْنَا: الْعَيْنُ حُسِبَتْ مِنَ الرَّبْحِ كَالْمُثُونَةِ لِأَنَّ الزَّكَاةَ إِنَّمَا تَجِبُ فِي الْمَالِ النَّامِي فَيَحْتَسِبُ مِنْ نَمَائِهِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَنْبَنِيَ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ أَيْضًا الْوَجْهَانِ فِي جَوَازِ إِخْرَاجِ الْمُضَارَبِ زَكَاةَ حِصَّتِهِ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ فَإِنْ قُلْنَا: الزَّكَاةُ تَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ فَلَهُ الْإِخْرَاجُ مِنْهُ وَإِلَّا فَلَا وَفِي كَلَامِ بَعْضِهِمْ إِيْمَاءٌ إِلَى ذَلِكَ وَأَمَّا حَقُّ رَبِّ الْمَالِ

فَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ تَزْكِيَّتُهُ بِدُونِ إِذْنِهِ نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةِ الْمُرُوزِيِّ اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَصِيرَ الْمُضَارِبُ شَرِيكًا فَيَكُونَ حُكْمُهُ حُكْمَ سَائِرِ الْخُلَطَاءِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الثالثة: الْمُسْتَفَادُ بَعْدَ النَّصَابِ فِي أَثْنَاءِ الْحَوْلِ، هَلْ يُضْمُّ إِلَى النَّصَابِ أَوْ يُفْرَدُ عَنْهُ؟ إِذَا اسْتَفَادَ مَالًا زَكَوِيًّا مِنْ جِنْسِ النَّصَابِ فِي أَثْنَاءِ حَوْلِهِ فَإِنَّهُ يُفْرَدُ بِحَوْلٍ عِنْدَنَا وَلَكِنْ هَلْ نَضْمُهُ إِلَى النَّصَابِ فِي الْعَدَدِ وَنَخْلُطُهُ بِهِ وَيُزَكِّيهِ زَكَاةَ خَالِطَةٍ أَوْ يُفْرَدُهُ بِالزَّكَاةِ كَمَا أَفْرَدَهُ بِالْحَوْلِ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْ جُودُ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ يُفْرَدُهُ بِالزَّكَاةِ كَمَا يُفْرَدُهُ بِالْحَوْلِ وَهَذَا الْوَجْهُ مُخْتَصٌّ بِمَا إِذَا كَانَ الْمُسْتَفَادُ نَصَابًا أَوْ دُونَ نَصَابٍ وَلَا يُعْتَبَرُ فَرَضُ النَّصَابِ أَمَّا إِنْ كَانَ دُونَ نَصَابٍ وَتَغَيَّرَ فَرَضُ النَّصَابِ لَمْ يَتَأَتَّ فِيهِ هَذَا الْوَجْهُ صَرَّحَ بِهِ صَاحِبُ شَرْحِ الْهِدَايَةِ لِأَنَّهُ مَضْمُومٌ إِلَى النَّصَابِ فِي الْعَدَدِ فَيَلْزَمُهُ حَيْثُ جُعِلَ مَا لَيْسَ بِوَقْصٍ فِي الْمَالِ وَقَصًّا وَهُوَ مُمْتَنِعٌ، وَيَخْتَصُّ هَذَا الْوَجْهُ أَيْضًا بِالْحَوْلِ الْأَوَّلِ دُونَ مَا بَعْدَهُ لِأَنَّ مَا بَعْدَ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ تَجْتَمِعُ مَعَ النَّصَابِ فِي الْحَوْلِ كُلِّهِ بِخِلَافِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ صَرَّحَ بِذَلِكَ غَيْرٌ وَاحِدٌ وَكَلَامُ بَعْضِهِمْ يُشْعِرُ بِاطْرَاقِهِ فِي كُلِّ الْأَحْوَالِ وَصَرَّحَ الْقَاضِي أَبُو يَعْلَى الصَّغِيرُ بِحِكَايَةِ ذَلِكَ وَجْهًا.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهُ يُزَكِّي زَكَاةَ خُلُطٍ وَصَحَّحَهُ صَاحِبُ شَرْحِ الْهِدَايَةِ كَمَا لَوْ اخْتَلَطَ نَفْسَانِ فِي أَثْنَاءِ حَوْلٍ وَقَدْ ثَبَتَ لِأَحَدِهِمَا حُكْمُ الْإِنْفِرَادِ فِيهِ دُونَ صَاحِبِهِ وَزَعَمَ أَنَّ صَاحِبَ الْمُغْنِي ضَعَّفَهُ فِيهِ وَإِنَّمَا ضَعَّفَ الْأَوَّلَ.

وَالْوَجْهُ الثَّالِثُ: أَنَّهُ يُضْمُّ إِلَى النَّصَابِ فَيُزَكِّي زَكَاةَ ضَمٍّ وَعَلَى هَذَا، فَهَلِ الزِّيَادَةُ كِنَصَابٍ مُفْرَدٍ أَمْ لِكُلِّ نَصَابٍ وَاحِدٍ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُمَا كِنَصَابٍ مُفْرَدٍ وَلَوْ لَا ذَلِكَ لَزَكَّى النَّصَابَ عَقِيبَ تَمَامِ حَوْلِهِ بِحِصَّتِهِ مِنْ فَرَضِ الْمَجْمُوعِ وَلَمْ يُزَكَّ زَكَاةَ انْفِرَادٍ وَهَذَا قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ وَصَاحِبِ الْمُحَرَّرِ. وَالثَّانِي: أَنَّهُ نَصَابٌ وَاحِدٌ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ وَصَاحِبِ الْمُغْنِي وَهُوَ الْأَظْهَرُ إِنَّمَا زَكَاةُ النَّصَابِ زَكَاةُ انْفِرَادٍ لِانْفِرَادِهِ فِي أَوَّلِ حَوْلِهِ الْأَوَّلِ بِخِلَافِ الْحَوْلِ الثَّانِي وَمَا بَعْدَهُ فَعَلَى هَذَا إِذَا تَمَّ حَوْلُ الْمُسْتَفَادِ وَجَبَ إِخْرَاجُ بَقِيَّةِ الْمَجْمُوعِ بِكُلِّ حَالٍ لِأَنَّهُ بِكَمَالِ حَوْلِهِ يَتَمُّ حَوْلُ الْجَمِيعِ. فَيَجِبُ تِمَمُهُ زَكَاتِهِ وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ عَنِ الْمُسْتَفَادِ بِخُصُوصِهِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ إِذَا تَمَّ حَوْلُ الْمُسْتَفَادِ وَجَبَ فِيهِ مَا بَقِيَ مِنْ فَرَضِ الْجَمِيعِ بَعْدَ إِسْقَاطِ مَا أَخْرَجَ عَنِ الْأَوَّلِ مِنْهُ إِلَّا أَنْ يَزِيدَ بَقِيَّةَ الْفَرَضِ عَلَى فَرَضِ الْمُسْتَفَادِ بِانْفِرَادِهِ أَوْ نَقَصَ عَنْهُ أَوْ يَكُونُ

مِنْ غَيْرِ جِنْسٍ فَرَضَ الْأَوَّلُ فَإِنَّهُ يَتَعَدَّرُ هَاهُنَا وَجْهُ الضَّمِّ وَيَتَعَيَّنُ وَجْهُ الْخُلْطَةِ وَيَلْغُو وَجْهُ الْانْفِرَادِ أَيْضًا عَلَى مَا سَبَقَ وَبِهَذَا كُلِّهِ صَرَحَ صَاحِبُ شَرْحِ الْهِدَايَةِ وَبَنَاهُ عَلَى أَنَّ الْمُخْرَجَ عَنِ الْمُسْتَفَادِ بِخُصُوصِيَّتِهِ. وَيُظْهِرُ فَائِدَةُ اخْتِلَافِ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ فِي أَنْوَاعٍ ثَلَاثَةٍ:

النُّوعُ الْأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ تَتِمَّةُ فَرَضِ زَكَاةِ الْجَمِيعِ أَكْثَرَ مِنْ فَرَضِ الْمُسْتَفَادِ لِخُصُوصِيَّةِ مِثْلِ أَنْ يَمْلِكَ خَمْسِينَ مِنَ الْبَقَرِ ثُمَّ ثَلَاثِينَ بَعْدَهَا فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الْأُولَى فَعَلَيْهِ مُسَنَّةٌ فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الثَّانِيَةِ فَعَلَيْهِ مُسَنَّةٌ أُخْرَى عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ الْأَظْهَرُ وَعَلَى الْأَوَّلِ يَمْتَنِعُ الضَّمُّ هُنَا لِثَلَاثِ يَتَوَلَّى إِلَى إِجْبَابِ مُسَنَّةٍ عَنْ ثَلَاثِينَ وَيَجِبُ إِمَّا تَبِيعٌ عَلَى وَجْهِ الْانْفِرَادِ أَوْ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ مُسَنَّةٍ عَلَى وَجْهِ الْخُلْطَةِ.

النُّوعُ الثَّانِي: أَنْ تَكُونَ تَتِمَّةُ الْوَاجِبِ دُونَ فَرَضِ الْمُسْتَفَادِ بِانْفِرَادِهِ مِثْلَ أَنْ يَمْلِكَ سِتًّا وَسَبْعِينَ مِنَ الْإِبِلِ ثُمَّ أَرْبَعِينَ بَعْدَهَا فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الْأُولَى فَعَلَيْهِ ابْتِئَا لَبُونٍ فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الثَّانِيَةِ فَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي يَلْزَمُ تَمَامُ فَرَضِ الْمَجْمُوعِ وَهُوَ بَنْتُ لَبُونٍ وَعَلَى الْأَوَّلِ يُمْنَعُ ذَلِكَ لِأَنَّ فَرَضَهُ عَلَى الْانْفِرَادِ حَقٌّ فَيُزَكَّى مَا عَلَى الْخُلْطَةِ أَوْ الْانْفِرَادِ. وَهَذَا بَعِيدٌ فَإِنَّ وَجْهَ الضَّمِّ إِذَا أُعْتَبِرَ مَعَ كَوْنِ الْمُسْتَفَادِ يَصِيرُ وَقْصًا مَحْضًا يَضُمُّهُ إِلَى النَّصَابِ إِنْ كَانَ فِيهِ زَكَاةٌ بِانْفِرَادِهِ فَكَيْفَ لَا يُعْتَبَرُ إِذَا كَانَ فَرَضُهُ دُونَ فَرَضِهِ بِانْفِرَادِهِ.

النُّوعُ الثَّلَاثُ: أَنْ يَكُونَ فَرَضُ النَّصَابِ الْأَوَّلِ الْمُخْرَجِ عِنْدَ تَمَامِ حَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ جِنْسٍ فَرَضِ الْمَجْمُوعِ أَوْ نَوْعِهِ مِثْلَ أَنْ يَمْلِكَ عَشْرِينَ مِنَ الْإِبِلِ ثُمَّ خَمْسًا بَعْدَهَا فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ يَمْتَنِعُ الضَّمُّ هَاهُنَا لِتَعَدُّرِ طَرَحِ الْمُخْرَجِ عَنِ الْأَوَّلِ مِنْ وَاجِبِ الْكُلِّ وَعَلَى الثَّانِي وَهُوَ الْأَظْهَرُ يَجِبُ إِخْرَاجُ تَتِمَّةِ الزَّكَاةِ وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ لِمُضْرُورَةِ اخْتِلَافِ الْحَوْلَيْنِ لَا سِيَّمَا وَنَحْنُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ نَجْبَرُ بِتَشْقِيقِ الْفَرَضِ لِغَيْرِ ضَرُورَةٍ كَمَا إِخْرَاجُ نَصْفِي شَاةٍ عَنْ أَرْبَعِينَ أَوْ حَقَّتَيْنِ وَبَنِي لَبُونٍ وَنَصْفًا عَنْ مَائَتَيْنِ مِنَ الْإِبِلِ فَهَاهُنَا أَوْلَى. وَعَلَى هَذَا فَقَدْ يَتَّفَقُ وَجْهُ الْخُلْطَةِ وَوَجْهُ الضَّمِّ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ حَيْثُ لَمْ تَكُنْ زَكَاةُ الْخُلْطَةِ مُقْضِيَةً إِلَى زِيَادَةِ الْفَرَضِ أَوْ نَقْصِهِ، وَقَدْ يَخْتَلِفَانِ حَيْثُ أَدَّى الْإِتِّفَاقُ إِلَى أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ وَسَبَبُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا النَّوعَ عَلَى ضَرَرَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ لَا يَكُونَ فِي وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَعْنِي النَّصَابَ، وَالْمُسْتَفَادُ وَقْصٌ وَلَا حَدَثٌ مِنْ اجْتِمَاعِهِمَا وَقْصٌ فَيُزَكَّى كَمَا تَقَدَّمَ وَهُوَ أَنْ يَأْخُذَ فَرَضِي الْجَمِيعِ فَيُخْرَجَ عِنْدَ تَمَامِ حَوْلِ الْمُسْتَفَادِ حَصَّتُهُ مِنْهُ وَيَتَّفَقُ مِنْهَا وَجْهُ الضَّمِّ وَالْخُلْطَةِ فَيُوجِبُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا كَانَ

الْمُسْتَفَادُ خَمْسًا مِنَ الْإِبِلِ بَعْدَ عِشْرِينَ خُمْسَ بِنْتِ مَخَاضٍ وَهُوَ مُقَارِبٌ لِشَاةٍ فَإِنَّ الشَّارِعَ أَوْجَبَ أَرْبَعَ شِبَاهٍ فِي عِشْرِينَ وَبِنْتِ مَخَاضٍ فِي خُمْسٍ وَعِشْرِينَ فَتَكُونُ مُقَدَّرَةً فِي خُمْسٍ فَاسْتِفَادَ وَكَذَا لَوْ اسْتَفَادَ عَشْرَةَ مِنَ الْبَقَرِ بَعْدَ ثَلَاثِينَ فَإِنَّهُ يَجِبُ لِلزِّيَادَةِ رُبْعُ مِئَةِ لِأَنَّ التَّبَعِ مُقَابِلٌ لِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ مِئَةٍ. وَالْمِئَةُ تَعْدِلُ تَبَعًا وَثُلَاثًا أَبَدًا.

الضَرْبُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ فِي الْمَالِ وَقْصٌ إِمَّا حَالَةً اجْتِمَاعِهِ أَوْ حَالَةَ انْفِرَادِهِ فَقَطْ فَيَخْتَلِفُ هَا هُنَا وَجْهُ الضَّمِّ وَالْخُلْطَةِ فَإِنَّا عَلَى وَجْهِ الضَّمِّ نَجْمَعُ مِنَ النَّصَابِ الْأَوَّلِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ الْفَرَضُ مِنْهُ وَيُضَمُّ إِلَيْهِ تِمَّةُ نَصَابِ الْمَجْمُوعِ مِنَ الْبَاقِي ثُمَّ يَأْخُذُ مِنْ فَرَضِ الْمَجْمُوعِ حِصَّةٌ هَذِهِ التَّمَّةُ وَهِيَ بَقِيَّةُ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْفَرَضُ مِنَ الْمَجْمُوعِ الْمَالِ وَيَجْعَلُ الْبَاقِي مِنَ الْمَالِ إِنْ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ كَالْمَعْدُومِ، فَمِثَالُ ذَلِكَ وَالْوَقْصُ مَوْجُودٌ حَالَةَ الْاجْتِمَاعِ لَوْ مَلَكَ عِشْرِينَ مِنَ الْإِبِلِ ثُمَّ تَسَعًا مِنْهَا فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الثَّانِيَةِ ضُمَّتْ إِلَى الْعِشْرِينَ الْأُولَى خَمْسًا تَكُنْ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ فَرَضُهَا بِنْتِ مَخَاضٍ وَقَدْ أَخْرَجْنَا عَنْ الْعِشْرِينَ أَرْبَعَ شِبَاهٍ فَيُخْرَجُ عَنِ الْبَاقِي خُمْسُ بِنْتِ مَخَاضٍ، وَعَلَى وَجْهِ الْخُلْطَةِ يُخْرَجُ عَنْهَا تِسْعَةُ أَجْزَاءٍ مِنْ أَصْلِ تِسْعَةٍ وَعِشْرِينَ جُزْءًا مِنْ بِنْتِ مَخَاضٍ. وَمِثَالُ الْوَقْصِ مَوْجُودًا حَالَةَ الْانْفِرَادِ فَقَطْ لَوْ مَلَكَ أَرْبَعَةَ عَشَرَ مِنَ الْإِبِلِ ثُمَّ أَحَدَ عَشَرَ بَعْدَهَا فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الْأُولَى فَعَلَيْهِ شَاتَانِ فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الثَّانِيَةِ ضُمَّمَا إِلَى عَشْرَةٍ مِنَ الْإِبِلِ تِمَّةُ النَّصَابِ وَهِيَ عَشْرَةٌ فَأَوْجِبْنَا فِيهَا ثَلَاثَةَ أَخْمَاسٍ بِنْتِ مَخَاضٍ لِأَنَّ فِيهِمَا جَمِيعًا وَقَصًا لَمْ يُوَدَّ عَنْهُ، وَالْمَالُ عِنْدَ الْاجْتِمَاعِ لَا وَقْصَ فِيهِ فَيَجِبُ تَأْدِيَةُ زَكَاتِهِ كُلِّهِ فَإِذَا كَانَ قَدْ أَخْرَجَ عَنْ بَعْضِهِ وَجَبَ الْإِخْرَاجُ عَنْ جَمِيعِ مَا لَمْ يُخْرَجْ عَنْهُ مِنْهُ. وَعَلَى وَجْهِ الْخُلْطَةِ يَجِبُ فِي الزِّيَادَةِ وَحْدَهَا خُمُسَانِ مِنْ بِنْتِ مَخَاضٍ وَخُمُسُ خُمْسٍ بِنْتِ مَخَاضٍ فَإِذَا تَعَدَّرَ هَذَا فَالْمُسْتَفَادُ لَا يَخْلُو مِنْ أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ:

الْأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ نَصَابًا مُعْتَبَرًا لِلْفَرَضِ مِثْلُ أَنْ يَمْلِكَ أَرْبَعِينَ شَاةً ثُمَّ إِحْدَى وَثَمَانِينَ بَعْدَهَا فَبِالْأَرْبَعِينَ شَاةً عِنْدَ حَوْلِهَا، فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الثَّانِيَةِ فَوَجَّهَانِ:

أَحَدُهُمَا: فِيهَا شَاةٌ أَيْضًا وَهُوَ مُتَخَرِّجٌ عَلَى وَجْهِ الضَّمِّ وَالْانْفِرَادِ.

وَالثَّانِي: فِيهَا شَاةٌ وَاحِدٌ وَأَرْبَعُونَ جُزْءًا مِنْ أَصْلِ مِائَةٍ وَاحِدٍ وَعِشْرِينَ جُزْءًا مِنْ شَاةٍ وَهُوَ وَجْهُ الْخُلْطَةِ لِأَنَّ ذَلِكَ حِصَّةُ الْمُسْتَفَادِ مِنَ الشَّاتَيْنِ الْوَاجِبَتَيْنِ فِي الْجَمِيعِ. وَذَكَرَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَجَمَاعَةٌ أَنَّ وَجْهَ الْخُلْطَةِ هُنَا كَوَجْهِ الْانْفِرَادِ يَجِبُ فِيهِ شَاةٌ أَيْضًا لِثَلَاثًا بِفُضِي إِلَى إِيحَابِ زِيَادَةٍ عَلَى فَرَضِ الْجَمِيعِ، وَهُوَ مَرْدُودٌ بِأَنَّهُمْ أَوْجِبُوا بِالْخُلْطَةِ زِيَادَةً عَلَى فَرَضِ

الْجَمِيعِ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ.

الْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ نِصَابًا لَا يُغَيِّرُ الْفَرَضَ كَمَنْ مَلَكَ أَرْبَعِينَ شَاةً ثُمَّ أَرْبَعِينَ بَعْدَهَا فَقَبِي الْأَوَّلِ إِذَا تَمَّ حَوْلُهَا شَاةٌ فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الثَّانِيَةِ فَثَلَاثَةٌ أَوْ جَوْ:

أَحَدُهَا: لَا شَيْءَ فِيهَا وَهُوَ وَجْهُ الضَّمِّ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ بِالضَّمِّ تَصِيرُ وَقْصًا. وَالثَّانِي: فِيهَا شَاةٌ وَهُوَ وَجْهُ الْإِنْفِرَادِ. وَالثَّلَاثُ: فِيهَا نِصْفُ شَاةٍ وَهُوَ وَجْهُ الْخُلْطَةِ.

الْقِسْمُ الثَّلَاثُ: أَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ لَا تَبْلُغُ نِصَابًا وَلَا تُغَيِّرُ الْفَرَضَ كَمَنْ مَلَكَ أَرْبَعِينَ مِنَ الْغَنَمِ ثُمَّ مَلَكَ بَعْدَهَا عِشْرِينَ فَقَبِي الْأَوَّلِ إِذَا تَمَّ حَوْلُهَا شَاةٌ. فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الثَّانِيَةِ فَوْجَاهَا:

أَحَدُهُمَا: لَا شَيْءَ فِيهَا وَهُوَ مُتَوَجِّهٌ عَلَى وَجْهِ الضَّمِّ وَالْإِنْفِرَادِ. وَالثَّانِي: فِيهَا ثُلُثُ الشَّاةِ وَهُوَ وَجْهُ الْخُلْطَةِ.

الْقِسْمُ الرَّابِعُ: أَنْ لَا تَبْلُغَ الزِّيَادَةُ نِصَابًا. وَتُغَيِّرُ الْفَرَضَ كَمَنْ مَلَكَ ثَلَاثِينَ مِنَ الْبَقَرِ ثُمَّ عَشْرًا بَعْدَهَا فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الْأُولَى فَقَبِيهَا تَبِيعٌ فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الزِّيَادَةِ فَقَالَ الْأَصْحَابُ: يَجِبُ فِيهَا رُبْعُ مُسْنَةٍ وَلَمْ يَذْكُرُوا فِيهَا خِلَافًا، وَمِنْهُمْ مَنْ صَرَّحَ بِنَفْيِ الْخِلَافِ كصَاحِبِ الْمُحَرَّرِ وَعَلَّلَ بِأَنَّ وَجْهَ الْإِنْفِرَادِ مُتَعَدِّرٌ لِمَا سَبَقَ وَكَذَا وَجْهٌ وَتَوَى لِأَنَّهُ يُفْضِي عَلَى أَصْلِهِ إِلَى اسْتِثْنَاءِ شَيْءٍ وَطَرَحِهِ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ وَهُوَ طَرَحُ التَّبِيعِ مِنَ الْمُسْنَةِ وَهُوَ مُتَعَدِّرٌ فَتَعَيَّنَ وَجْهُ الْخُلْطَةِ. وَأَمَّا صَاحِبُ الْكَافِي فَظَاهِرٌ كَلَامِهِ أَنَّ هَذَا مُتَمَشِّقٌ عَلَى وَجْهِ الضَّمِّ أَيْضًا بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ الَّذِي تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ الْكُلَّ نِصَابٌ وَاحِدٌ، وَقَرَضُهُ مُسْنَةٌ وَقَدْ أَخْرَجَ تَبِيعًا وَهُوَ يَعْدِلُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ مُسْنَةٍ فَيَجِبُ إِخْرَاجُ بَقِيَّةِ فَرَضِ الْمَالِ وَهُوَ هُنَا رُبْعُ مُسْنَةٍ لِأَنَّ التَّبِيعَ يَعْدِلُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْمُسْنَةِ كَمَا سَبَقَ تَقْرِيرُهُ فَتَبِيعٌ وَرُبْعُ مُسْنَةٍ يَعْدِلُ الْمُسْنَةَ كَامِلَةً.

الرَّابِعَةُ: الْمِلْكُ فِي مَدَّةِ الْخِيَارِ هَلْ يَتَقَلُّ إِلَى الْمُشْتَرِي أَمْ لَا؟ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ عَنْ الْإِمَامِ أَحْمَدَ:

أَشْهُرُهُمَا: انْتِقَالُ الْمِلْكِ إِلَى الْمُشْتَرِي بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ وَهِيَ الْمَذْهَبُ الَّذِي عَلَيْهِ الْأَصْحَابُ.

وَالثَّانِيَةُ: لَا يَتَقَلُّ حَتَّى يَنْقَضِيَ الْخِيَارُ فَعَلَى هَذَا يَكُونُ الْمِلْكُ لِلْبَائِعِ وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ حَكَى أَنَّ الْمِلْكَ يَخْرُجُ عَنِ الْبَائِعِ وَلَا يَدْخُلُ إِلَى الْمُشْتَرِي وَهُوَ ضَعِيفٌ.

وَلِلرَّوَايَتَيْنِ فَوَائِدُ عَدِيدَةٌ:

مِنْهَا: وَجُوبُ الزَّكَاةِ فَإِذَا بَاعَ نِصَابًا مِنَ الْمَأْشِيَةِ بِشَرَطِ الْخِيَارِ حَوْلًا فَزَكَاتُهُ عَلَى الْمُشْتَرِي

عَلَى الْمَذْهَبِ سِوَاهُ فَسَخَ الْعَقْدَ أَوْ أَمْضَى، وَعَلَى الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ: الزَّكَاءُ عَلَى الْبَائِعِ إِذَا قِيلَ: الْمَلِكُ بَاقٍ لَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَهُ عَبْدًا بِشَرْطِ الْخِيَارِ وَأَمَّلَ هِلَالَ الْفِطْرِ وَهُوَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ فَالْفِطْرَةُ عَلَى الْمُشْتَرِي عَلَى الْمَذْهَبِ وَعَلَى الْبَائِعِ عَلَى الثَّانِيَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَسَبَ الْمَبِيعُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ كَسْبًا أَوْ نَمَاءً مُتَفَصِّلًا فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي فَسَخَ الْعَقْدَ أَوْ أَمْضَى وَعَلَى الثَّانِيَةِ هُوَ لِلْبَائِعِ.

وَمِنْهَا: مَثْوَنَةُ الْحَيَوَانِ وَالْعَبْدُ الْمُشْتَرَى بِشَرْطِ الْخِيَارِ يَجِبُ عَلَى الْمُشْتَرِي عَلَى الْمَذْهَبِ وَعَلَى الْبَائِعِ عَلَى الثَّانِيَةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَلَفَ الْمَبِيعُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ فَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ أَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُمَا فَهُوَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي عَلَى الْمَذْهَبِ وَعَلَى الثَّانِيَةِ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَعَيَّبَ الْمَبِيعُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ فَعَلَى الْمَذْهَبِ لَا يَرُدُّ بِذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَيْرَ مَضْمُونٍ عَلَى الْمُشْتَرِي؛ لِانْتِفَاءِ الْقَبْضِ وَعَلَى الثَّانِيَةِ لَهُ الرَّدُّ بِكُلِّ حَالٍ.

وَمِنْهَا: تَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، فَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِمَا يَحْصُلُ بِهِ تَجَرِبَتُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْخِيَارُ لَهُ وَحْدَهُ كَذَا ذَكَرَ الْأَصْحَابُ وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحَدٍ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّ لَهُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بِالِاسْتِقْلَالِ. وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ وَطْءِ الْأُمَةِ الْمُشْتَرَاةِ بِشَرْطٍ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ ذَلِكَ فَرْجٌ فَيَحْتَاطُ لَهُ. وَالثَّانِي: أَنَّ ذَلِكَ شَرْطٌ وَهَذَا خِيَارٌ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ تَصَرُّفِهِ بِمَا لَا يَمْنَعُ الْبَائِعَ مِنَ الرَّجُوعِ كَالِاسْتِخْدَامِ وَالْإِجَارَةِ، وَإِنَّمَا يَمْنَعُ مِنْ إِخْرَاجِهِ مِنْ مِلْكِهِ أَوْ تَعْرِيزِهِ لِلْخُرُوجِ بِالرَّهْنِ وَالتَّذْيِيرِ وَالْكِتَابَةِ وَنَحْوِهَا هَذَا كُلُّهُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَعَلَى الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ لِلْبَائِعِ وَحْدَهُ لِأَنَّهُ مَالِكٌ وَيَمْلِكُ الْفَسْخَ فَإِنَّ الْخِيَارَ وَقَعَ لِعَرَضِ الْفَسْخِ دُونَ الْإِمْضَاءِ فَأَمَّا حُكْمُ نَفُوذِ التَّصَرُّفِ وَعَدَمِهِ فَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَنْفُذُ بِحَالٍ إِلَّا بِالْعِتْقِ وَنَقْلٍ مَهْنًا وَغَيْرَهُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ مَوْقُوفٌ عَلَى انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْخِيَارِ هَذَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لَهُمَا فَإِنْ كَانَ لِلْبَائِعِ وَحْدَهُ فَكَذَلِكَ فِي تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي الرَّوَايَتَانِ.

وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى رِوَايَةً أُخْرَى: أَنَّهُ إِنْ أَجَازَهُ الْبَائِعُ صَحَّ وَالْثَمَنُ لَهُ وَإِنْ رَدَّهُ بَطَلَ الْبَيْعُ وَعَلَى الْمُشْتَرِي اسْتِرْدَادُهُ. فَإِنْ تَعَذَّرَ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ وَإِنْ سُرِقَ أَوْ هَلَكَ فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي. فَحَمَلَ السَّامِرِيُّ هَذِهِ الرَّوَايَةَ عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ لَمْ يَتَّقِلْ إِلَى الْمُشْتَرِي، وَآخِرُهَا يُبْطَلُ ذَلِكَ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا رِوَايَةُ بُطْلَانِ التَّصَرُّفِ مِنْ أَصْلِهَا لَكِنَّهَا مَفْرَعَةٌ أَنَّ الْفَسْخَ بِالْخِيَارِ

رَفَعَ لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ فَيَتَبَيَّنُ بِهِ أَنَّ الْمِلْكَ كَانَ لِلْبَائِعِ وَعَلَى أَنْ تَصَرَّفَ الْفُضُولِيُّ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَةِ الْمَالِكِ، وَإِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ صَحَّ تَصَرُّفُهُ، ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَغَيْرُهُمَا لَا يَقْطَعُ حَقَّ الْبَائِعِ هَا هُنَا وَظَهَرَ كَلَامُ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ حَرْبٍ أَنَّهُ لَا يَنْفَدُ حَتَّى يَتَقَدَّمَ إِمْضَاءُ الْعَقْدِ وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامُ ابْنِ أَبِي مُوسَى أَيْضًا لِقُصُورِ الْمِلْكَ فَلَوْ تَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي مَعَ الْبَائِعِ وَالْخِيَارُ لَهُمَا صَحَّ، ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ وَالْمُحَرَّرِ. وَفِي الْمَجَرَّدِ لِلْقَاضِي احْتِمَالَانِ هَذَا كُلُّهُ تَفْرِيعٌ عَلَى الْمَذْهَبِ وَهُوَ انْتِقَالُ الْمِلْكَ إِلَى الْمُشْتَرِي، فَأَمَّا عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى فَإِنَّ كَانَ الْخِيَارُ لَهُمَا وَلِلْبَائِعِ وَحْدَهُ صَحَّ تَصَرُّفُ الْبَائِعِ مُطْلَقًا لِأَنَّ الْمِلْكَ لَهُ وَهُوَ بِتَصَرُّفِهِ مُخْتَارٌ لِلْفَسْخِ بِخِلَافِ تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي فَإِنَّهُ يَخْتَارُ بِهِ الْإِمْضَاءَ، وَحَقُّ الْفَسْخِ يُقَدَّمُ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: الْوُطْءُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ فَإِنْ وَطِئَ الْمُشْتَرِي فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْمِلْكَ لَهُ وَإِنْ وَطِئَ الْبَائِعُ فَإِنْ كَانَ جَاهِلًا بِالتَّحْرِيمِ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ عَالِمًا فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةٍ مِثْلًا: أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ حَامِدٍ وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ لَمْ يُصَادِفْ مِلْكًا وَلَا شَبْهَةَ مِلْكٍ وَهُوَ مُحَرَّمٌ بِالْإِجْمَاعِ فَوَجِبَ بِهِ الْحَدُّ كَوُطْءِ الْمُرْتَهَنِ، وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَيَّدَ ذَلِكَ بِأَنْ يَعْلَمَ أَنَّ الْمِلْكَ لَا يَنْفَسَخُ بِوُطْئِهِ أَمَّا إِنْ اعْتَقَدَ أَنَّهُ يَنْفَسَخُ بِوُطْئِهِ فَلَا حَدَّ لِأَنَّ تِمَامَ الْوُطْءِ وَقَعَ فِي مِلْكٍ فَتَمَكَّنَتِ الشَّبْهَةُ فِيهِ. وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ حَكَى رَوَايَةً ثَانِيَةً بَعْدَ الْحَدِّ مُطْلَقًا وَمَالَ إِلَى ذَلِكَ ابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُغْنِيِّ وَالْمُحَرَّرُ لَوْفُوعِ الْإِخْتِلَافِ فِي حُصُولِ الْمِلْكَ لَهُ وَفِي انْفِسَاخِ الْعَقْدِ بِوُطْئِهِ بَلْ وَيَمْقَدِّمَاتٍ وَطْئِهِ فَيَكُونُ الْوُطْءُ حَيْثُ فِيهِ مِلْكٌ تَامًا، وَأَمَّا عَلَى الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ فَلَا حَدَّ عَلَى الْبَائِعِ وَعَلَى الْمُشْتَرِي الْخِلَافُ.

وَمِنْهَا: تَرْكُ مُوجِبَاتِ الْمِلْكَ مِنَ الْإِنْعِتَاقِ بِالرَّحِمِ أَوْ بِالتَّعْلُقِ وَانْفِسَاخِ النِّكَاحِ وَنَحْوِهَا فَتَثْبُتُ فِي الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ عَقِيبَ الْعَقْدِ عَلَى الْمَذْهَبِ. وَعَلَى الثَّانِيَةِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بَعْدَ انْقِضَائِهِ.

وَلَوْ حَلَفَ لَا يَبِيعُ قَبَاعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ خَرَجَ عَلَى الْخِلَافِ أَيْضًا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَنْكَرَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ ذَلِكَ وَقَالَ بِحِثِّهِ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ.

فَأَمَّا الْأَخْذُ بِالشُّعْعَةِ فَلَا يَثْبُتُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ عِنْدَ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ حَنِيلٍ فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ عَلَّلَ بِأَنَّ الْمِلْكَ لَمْ يَسْتَقِرَّ بَعْدُ، وَمِنْهُمْ مَنْ عَلَّلَ بِأَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّعْعَةِ يُسْقِطُ حَقَّ الْبَائِعِ مِنَ الْخِيَارِ فَلِذَلِكَ لَمْ تَجْزِ الْمُطَالَبَةُ بِهَا فِي مُدَّتِهِ

وَهُوَ تَعْلِيلُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ لَثَبَّتِ الشُّعْءُ وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ احْتِمَالًا بِثُبُوتِ الشُّعْءِ مُطْلَقًا إِذَا قُلْنَا: بِانْتِقَالِ الْمَلِكِ إِلَى الْمُشْتَرِي.

وَمِنْهَا: إِذَا بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ شَيْئًا بِشَرْطِ الْخِيَارِ فَبَاعَ الشَّقِيعُ حِصَّتَهُ فِي مَدَّةِ الْخِيَارِ فَعَلَى الْمَذْهَبِ يَسْتَحِقُّ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ انْتِزَاعَ شَقِصِ الشَّقِيعِ مِنْ يَدِ مُشْتَرِيهِ لِأَنَّهُ شَرِيكُ الشَّقِيعِ حَالَةَ بَيْعِهِ وَعَلَى الثَّانِيَةِ يَسْتَحِقُّ الْبَائِعُ الْأَوَّلُ لِأَنَّ الْمَلِكَ بَاقٍ لَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ الْمُتَعَطِّطُ اللَّقْطَةَ بَعْدَ الْحَوْلِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ ثُمَّ جَاءَ رَبُّهَا فِي مَدَّةِ الْخِيَارِ فَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَتَّحِلْ الْمَلِكُ فَالْزَمَ وَاجِبٌ وَإِنْ قُلْنَا: بِانْتِقَالِهِ فَوَجَّهَانِ. الْمَجْزُومُ بِهِ فِي الْكَافِي الْوُجُوبُ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ مُحِلٌّ صَيْدًا بِشَرْطِ الْخِيَارِ ثُمَّ أَحْرَمَ فِي مَدَّتِهِ فَإِنْ قُلْنَا: انْتَقَلَ الْمَلِكُ عَنْهُ فَلَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ مِلْكٍ عَلَى الصَّيْدِ وَهُوَ مَمْنُوعٌ مِنْهُ وَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَتَّحِلْ الْمَلِكُ عَنْهُ فَلَهُ ذَلِكَ ثُمَّ إِنْ كَانَ فِي مَدَّةِ الْمُشَاهَدَةِ أَرْسَلَهُ وَإِلَّا فَلَا.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَتِ الزَّوْجَةُ قَبْلَ الدُّخُولِ الصَّدَاقَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ ثُمَّ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ فَإِنْ قُلْنَا: الْمَلِكُ انْتَقَلَ عَنْهَا فَبَيَّ لَزُومِ اسْتِرْدَادِهَا وَجَّهَانِ وَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَزَلْ فِيهَا اسْتِرْدَادُهَا وَجَّهًا وَاحِدًا.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ أَمَةٌ بِشَرْطِ الْخِيَارِ ثُمَّ فُسِّخَ الْبَيْعُ وَجَبَ عَلَى الْبَائِعِ الْاسْتِثْرَاءُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَعَلَى الثَّانِيَةِ لَا يَلْزَمُهُ لِبَقَاءِ الْمَلِكِ.

وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى أَمَةٌ بِشَرْطِ الْخِيَارِ وَاسْتَبْرَأَهَا فِي مَدَّتِهِ فَإِنْ قُلْنَا: الْمَلِكُ لَمْ يَتَّحِلْ إِلَيْهِ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ الْاسْتِثْرَاءُ وَإِنْ قُلْنَا: بِانْتِقَالِهِ فَفِي الْهَدَايَةِ وَالْمَغْنِيِّ يَكْفِي وَفِي التَّرْغِيبِ وَالْمُحَوَّرِ وَجَّهَانِ لِعَدَمِ اسْتِقْرَارِ الْمَلِكِ.

الخَامِسَةُ: الْإِقَالَةُ هَلْ هِيَ فَسْخٌ أَوْ بَيْعٌ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَانِ مَنْصُوصَتَانِ اخْتَارَ الْخُرَقِيُّ وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ أَنَّهَا فَسْخٌ وَحَكَاهُ الْقَاضِي عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَفِي التَّنْبِيهِ لِأَبِي بَكْرٍ التَّصْرِيحُ بِاخْتِيَارِهَا أَنَّهَا بَيْعٌ.

وَلِهَذَا الْخِلَافِ فَوَائِدُ عَدِيدَةٌ:

الْأُولَى: إِذَا تَقَابَلَا قَبْلَ الْقَبْضِ فِيمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ فَيَجُوزُ عَلَى قَوْلِنَا: هِيَ فَسْخٌ، وَلَا يَجُوزُ عَلَى الثَّانِيَةِ إِلَّا عَلَى رِوَايَةِ حَكَاهَا الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ فِي الْإِجَارَاتِ أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ مِنْ بَائِعِهِ خَاصَّةً قَبْلَ الْقَبْضِ.

الثَّانِيَةُ: هَلْ يَجُوزُ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ بِغَيْرِ كَيْلٍ وَوزنٍ إِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ جَازَتْ

كَذَلِكَ، وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ فَلَا هَذِهِ طَرِيقَةُ أَبِي بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ وَحَكْمِي عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُ لَا بُدَّ فِيهَا مِنْ كَيْلٍ ثَانٍ عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ كَمَا أَنَّ الْفَسْخَ فِي النِّكَاحِ يَقُومُ مَقَامَ الطَّلَاقِ فِي إِجْبَابِ الْعِدَّةِ.

الْقَائِدَةُ الثَّلَاثَةُ: إِذَا تَقَايَلَا بَزِيَادَةٍ عَلَى الثَّمَنِ أَوْ نَقْصٍ مِنْهُ أَوْ بِغَيْرِ جِنْسِ الثَّمَنِ فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ، لَمْ يَصَحْ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ فَتَيَّنَ إِذَا أَنَّ الْعَوَظَيْنِ عَلَى وَجْهِمَا كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَغَيْرِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ فَوَجَّهَانِ، حَكَاهُمَا أَبُو الْخَطَّابِ وَمَنْ بَعْدَهُ: أَحَدُهُمَا: يَصَحُّ وَقَالَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الرُّوَايَتَيْنِ كَسَائِرِ الْبُيُوعِ. وَالثَّانِي: لَا يَصَحُّ وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَصَحَّحَهُ السَّامِرِيُّ لِأَنَّ الْمُقْتَضَى الْإِقَالَةَ رَدُّ الْأَمْرِ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ وَرُجُوعُ كُلِّ وَاحِدٍ إِلَى مَالِهِ فَلَمْ يَجْزُ بِأَكْثَرٍ مِنَ الثَّمَنِ وَإِنْ كَانَتْ بَيْعًا فَبَيْعُ التَّوَلِّيَةِ وَهَذَا ظَاهِرٌ مَا نَقَلَهُ ابْنُ مَتَّصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَجُلٍ اشْتَرَى سِلْعَةً فَتَدِمَ فَقَالَ: أَقْلَنِي وَلَكَ كَذَا وَكَذَا، قَالَ أَحْمَدُ: أَكْرَهُ أَنْ يَكُونَ تَرْجِعُ إِلَيْهِ سِلْعَتُهُ وَمَعَهَا فَضْلٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَسَعَّرَتِ السُّوقُ أَوْ تَارَكََا الْبَيْعَ فَبَاعَهُ بَيْعًا مُسْتَأْنَفًا فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَلَكِنْ إِنْ جَاءَ إِلَى نَفْسِ الْبَيْعِ فَقَالَ: أَقْلَنِي فِيهَا وَلَكَ كَذَا وَكَذَا، فَهَذَا مَكْرُوهٌ فَقَدْ كَرِهَ الْإِقَالَةَ فِي الْبَيْعِ الْأَوَّلِ بَزِيَادَةٍ بِكُلِّ حَالٍ وَلَمْ يُجَوِّزْ الزِّيَادَةَ إِلَّا إِذَا أَقْرَأَ الْبَائِعُ بِحَالِهِ وَتَبَاعَاهُ بَيْعًا مُسْتَأْنَفًا. إِذَا تَسَعَّرَتِ السُّوقُ جَارَتْ الْإِقَالَةُ بِنَقْصٍ فِي مُقَابَلَةِ نَقْصِ السَّعْرِ، وَكَذَا لَوْ تَغَيَّرَتْ صِفَةُ السِّلْعَةِ، وَأَوَّلَى. وَنَصَّ فِي رَوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ الْقَاسِمِ وَسِنْدِيٍّ وَحَنْبَلٍ عَلَى الْكُرَاهَةِ بِكُلِّ حَالٍ نَقْدًا كَانَ الْبَيْعُ أَوْ نَسِيتَهُ بَعْدَ نَقْدِ الثَّمَنِ أَوْ قَبْلَهُ مُعْلَلًا كَشَبْهَةِ مَسَائِلِ الْعَيْنَةِ لِأَنَّهُ تَرْجِعُ السِّلْعَةُ إِلَى صَاحِبِهَا وَيَبْقَى لَهُ عَلَى الْمُشْتَرِي فَضْلُ دِرْهَمٍ وَلَكِنْ مَحْذُورُ الرِّبَا هُنَا بَعِيدٌ جِدًّا لِأَنَّهُ لَا يَقْصِدُ أَحَدًا أَنْ يَدْفَعَ عَشْرَةَ ثُمَّ يَأْخُذَ نَقْدًا خَمْسَةَ مِثْلًا لَا سِيَّمَا وَالِدَّافِعُ هُنَا هُوَ الطَّالِبُ لِذَلِكَ، الرَّاعِبُ. وَثَقُلَ عَنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِهِ قَالَ فِي رَوَايَةِ الْأَثَرَمِ وَسَأَلَهُ عَنْ بَيْعِ الْعُرْيُونِ فَذَكَرَ لَهُ حَدِيثَ عُمَرَ فَقِيلَ لَهُ: تَذْهَبُ إِلَيْهِ؟ قَالَ: أَيُّ شَيْءٍ أَقُولُ وَهَذَا عَنْ عُمَرَ ثُمَّ قَالَ: أَلَيْسَ كَانَ ابْنُ سِيرِينَ لَا يَرَى بِأَسَا أَنْ يَرُدَّ السِّلْعَةُ إِلَى صَاحِبِهَا إِلَّا إِذَا كَرِهَ وَمَعَهَا شَيْءٌ. ثُمَّ قَالَ هَذَا مِثْلُهُ فَقَدْ جَعَلَ بَيْعُ الْعُرْيُونِ مِنْ جِنْسِ الْإِقَالَةِ بِرَيْحٍ وَهُوَ يَرَى جَوَازَ بَيْعِ الْعُرْيُونِ وَهَذَا الْخِلَافُ هُنَا شَيْءٌ بِالْخِلَافِ فِي جَوَازِ الْخُلْعِ بَزِيَادَةٍ عَلَى الْمَهْرِ، فَأَمَّا الْبَيْعُ الْمُبْتَدَأُ فَيَجُوزُ بِأَكْثَرٍ مِنْ ثَمَنِهِ كَمَا نَقَلَهُ عَنْهُ ابْنُ مَتَّصُورٍ وَكَذَلِكَ نَقَلَهُ عَنْهُ حَرْبٌ فَيَمْنُ بَاعَ ثَوْبًا بِعِشْرِينَ وَقَبَضَهَا ثُمَّ احْتَاجَ إِلَيْهِ فَاشْتَرَاهُ وَصَيَّتْهُمَا وَعِشْرِينَ نَقْدًا قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ وَلَا يَجُوزُ نَسِيتَهُ وَلَمْ يَرِ بِأَسَا أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ نَقْدًا وَنَسِيتَهُ وَنَقَلَ عَنْهُ أَبُو دَاوُدَ فَيَمْنُ بَاعَ ثَوْبًا بِنَقْلِ

ثُمَّ احْتِاجَ إِلَيْهِ يَشْتَرِيهِ بِنَسِيئَةٍ قَالَ إِذَا لَمْ يُرَدْ بِذَلِكَ الْحِيلَةَ كَأَنَّهُ لَمْ يَرِ بِهِ بَأْسًا. وَصَرَّحَ أَبُو الْخَطَّابِ وَطَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ بِأَنَّ كُلَّ بَيْعٍ وَإِنْ كَانَ يَتَّقَدُّ لَا يَجُوزُ لِبَائِعِهِ شِرَاؤُهُ بِدُونِ ثَمَنِهِ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ، وَيَجُوزُ بَعْدَهُ وَكَذَلِكَ نَقَلَ ابْنُ مَنصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ بَعْدَ الْقَبْضِ يَبِيعُهُ كَيْفَ شَاءَ.

الفائدة الرابعة: تَصَحُّحُ الْإِقَالَةِ بِلَفْظِ الْإِقَالَةِ وَالْمُصَالَحَةِ إِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ لَمْ يَتَّعَدْ بِذَلِكَ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ قَالَ مَا يَصْلُحُ لِلْحَلِّ لَا يَصْلُحُ لِلْعَقْدِ وَمَا يَصْلُحُ لِلْعَقْدِ لَا يَصْلُحُ لِلْحَلِّ فَلَا يَتَّعَدُ الْبَيْعُ بِلَفْظِ الْإِقَالَةِ وَلَا الْإِقَالَةُ بِلَفْظِ الْبَيْعِ. وَظَاهِرُ كَلَامٍ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ انْعِقَادُهَا بِذَلِكَ تَكُونُ مُعْطَاةً.

الفائدة الخامسة: إِذَا قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ لَمْ يُشْتَرَطْ لَهَا شُرُوطُ الْبَيْعِ مِنْ مَعْرِفَةِ الْمُقَالَ فِيهِ وَالْقُدْرَةِ عَلَى تَسْلِيمِهِ وَتَمْيِيزِهِ عَنْ غَيْرِهِ، وَيُشْتَرَطُ ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهَا بَيْعٌ ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ فِي التَّفْلِيسِ، وَلَوْ تَقَايَلَا الْعَبْدَ وَهُوَ غَائِبٌ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لَأَنَّ تَبَغُّيرَ فِي مِثْلِهَا أَوْ بَعْدَ إِبَاقِهِ وَاشْتِبَاهِهِ بِغَيْرِهِ صَحَّ عَلَى الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي وَلَوْ تَقَايَلَا مَعَ غِيَبَةِ أَحَدِهِمَا بِأَنَّ طُلُبَتَ مِنْهُ الْإِقَالَةُ فَدَخَلَ الدَّارُ وَقَالَ عَلَى الْفَوْرِ أَقْلَتُكَ فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ صَحَّ وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ لَمْ يَصَحَّ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي تَعْلِيلِهِمَا لِأَنَّ الْبَيْعَ يُشْتَرَطُ لَهُ حُضُورُ الْمُتَعَاقِلَيْنِ فِي الْمَجْلِسِ. وَنَقَلَ أَبُو الْخَطَّابِ عَنْ أَحْمَدَ صِحَّةَ قَبُولِ الزَّوْجِ لِلنِّكَاحِ بَعْدَ الْمَجْلِسِ وَخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي تَأْوِيلِهَا وَفِي كَلَامِ الْقَاضِي أَيْضًا مَا يَقْتَضِي أَنَّ الْإِقَالَةَ لَا تَصَحُّ فِي غِيَبَةِ الْآخَرِ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الْعُقُودِ لِتَوْفُّقِهَا عَلَى رِضَى الْمُتَبَايِعَيْنِ بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالْغَيْبِ وَالْفَسْخِ بِالْخِيَارِ وَهَلْ يَصَحُّ مَعَ تَلَفِ السَّلْعِ عَلَى طَرِيقَتَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَصَحُّ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ خِلَافِهِ وَصَاحِبِ الْمُغْنِيِّ. وَالثَّانِي: إِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ صَحَّتْ وَإِلَّا لَمْ تَصَحَّ قَالَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ خِلَافِهِ: هُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ وَفِي التَّلْخِصِ وَجْهَانِ فَإِنْ أَصْلَهُمَا الرَّوَايَتَانِ إِذَا تَلَفَ الْمِيعُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ.

الفائدة السادسة: هَلْ تَصَحُّ الْإِقَالَةُ بَعْدَ النِّدَاءِ لِلْجُمُعَةِ إِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ لَمْ تَصَحَّ وَإِلَّا صَحَّتْ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ.

الفائدة السابعة: نُمِي الْمِيعُ نَمَاءً مُتَفَصِّلًا ثُمَّ تَقَايَلَا فَإِنْ قُلْنَا: الْإِقَالَةُ بَيْعٌ لَمْ يَتَّبَعِ النَّمَاءُ بِغَيْرِ خِلَافٍ وَإِنْ قُلْنَا: فَسْخٌ فَقَالَ الْقَاضِي: النَّمَاءُ لِلْمُشْتَرِي وَيَنْبَغِي تَخْرِيجُهُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ

كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَالرُّجُوعِ لِلْمُقْلِسِ.

الْفَائِدَةُ الثَّامِنَةُ: بَاعُهُ نَخْلًا حَافِلًا ثُمَّ تَقَايَلَا وَقَدْ أَطْلَعَ فَإِنْ قُلْنَا: الْمُقَابِلَةُ بَيْعٌ فَالْمَرَّةُ إِنْ كَانَتْ مُؤَبَّرَةً فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُؤَبَّرَةً فَهِيَ لِلْبَائِعِ الْأَوَّلِ وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ تَبِعَتْ الْأَصْلَ بِكُلِّ حَالٍ سِوَاءِ كَانَتْ مُؤَبَّرَةً أَوْ لَا لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مُتَفَصِّلٌ ذَكَرَهُ فِي الْمُغْنِيِّ وَقَدْ سَبَقَتْ الْمَسْأَلَةُ فِي قَاعِدَةِ النَّمَاءِ.

الْفَائِدَةُ التَّاسِعَةُ: هَلْ يَثْبُتُ فِيهَا خِيَارُ الْمَجْلِسِ إِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ لَمْ يَثْبُتِ الْخِيَارُ وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ فَفِي التَّلْخِيصِ يَثْبُتُ الْخِيَارُ كَسَائِرِ الْعُقُودِ وَيَحْتَمَلُ عِنْدِي أَنْ لَا يَثْبُتَ أَيْضًا لِأَنَّ الْخِيَارَ وَضِعَ لِلنَّظَرِ فِي الْحِظِّ وَالْمَقِيدِ وَعَلَى دَخَلٍ عَلَى أَنَّهُ لَا حِظَّ لَهُ وَإِنَّمَا هُوَ مُتَبَرِّعٌ وَالْمُسْتَقْبَلُ لَمْ يَطْلُبِ الْإِقَالَةَ بَعْدَ لُزُومِ الْعَقْدِ إِلَّا بَعْدَ تَرَوُّ وَنَظَرٍ وَعَلِمَ بِأَنَّ الْحِظَّ لَهُ فِي ذَلِكَ وَتَدِمَ عَلَى أَنَّ الْعَقْدَ الْأَوَّلَ فَلَا يَحْتَاجُ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَى مَهْلَةٍ لِلْعَادَةِ النَّظَرِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الْفَائِدَةُ الْعَاشِرَةُ: هَلْ يُرَدُّ بِالْعَيْبِ إِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ رُدَّتْ بِهِ وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ فَيَحْتَمَلُ أَنْ لَا يُرَدَّ بِهِ لِأَنَّ الْأَصْحَابَ قَالُوا الْفَسْخُ لَا يُفْسَخُ وَيَحْتَمَلُ أَنْ يُرَدَّ بِهِ كَمَا جَوَزُوا فَسْخَ الْإِقَالَةِ وَالرَّدَّ بِالْعَيْبِ لِأَحَدِ الشَّقِيعَيْنِ وَأَفْتَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ بِفَسْخِ الْخَلْعِ بِالْعَيْبِ فِي عَوْضِهِ وَيَفُوتُ حَقُّهُ فِيهِ وَيُفْلَسُ الزَّوْجَةُ بِهِ.

الْفَائِدَةُ الْحَادِيَةُ عَشْرَةَ: الْإِقَالَةُ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ وَفِيهَا طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: عَلَى الْخِلَافِ فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ جَازَتْ وَإِنْ قُلْنَا: بَيْعٌ لَمْ يَجْزُ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي وَأَبْنِ عَقِيلٍ فِي رَوَايَتِهِمَا وَصَاحِبِ الرَّوَضَةِ وَأَبْنِ الزَّاعِرُونِي.

وَالثَّانِيَةُ: جَوَازُ الْإِقَالَةِ فِيهِ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْأَكْثَرِينَ وَنَقَلَ ابْنُ الْمُنْذِرِ الْإِجْمَاعَ عَلَى ذَلِكَ.

الْفَائِدَةُ الثَّانِيَةُ عَشْرَةَ: بَاعُهُ جُزْءًا مُشَاعًا مِنْ أَرْضِهِ ثُمَّ تَقَايَلَا فَإِنْ قُلْنَا: الْإِقَالَةُ فَسْخٌ لَمْ يَسْتَحِقَّ الْمُشْتَرِي وَلَا مَنْ حَدَثَ لَهُ شَرَكَةٌ فِي الْأَرْضِ قَبْلَ الْمُقَابِلَةِ شَيْئًا مِنَ الشَّقْصِ بِالشُّفْعَةِ وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ تَثْبُتُ لَهُمُ الشُّفْعَةُ وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ حِصَّتَهُ ثُمَّ عَفَا الْآخَرُ عَنْ شُفْعَتِهِ ثُمَّ تَقَايَلَا وَارَادَ الْعَافِي أَنْ يَعُودَ إِلَى الطَّلَبِ فَإِنْ قُلْنَا: الْإِقَالَةُ فَسْخٌ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ وَإِلَّا فَلَهُ الشُّفْعَةُ.

الْفَائِدَةُ الثَّلَاثَةُ عَشْرَةَ: اشْتَرَى شِقْصًا مَشْفُوعًا ثُمَّ تَقَايَلَاهُ قَبْلَ الطَّلَبِ فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ لَمْ يَسْقُطْ كَمَا لَوْ بَاعَهُ لِغَيْرِ بَائِعِهِ وَإِنْ قُلْنَا: فَسْخٌ فَقِيلَ لَا تَسْقُطُ أَيْضًا وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي

وَأَصْحَابِهِ لِأَنَّ الشُّعْعَةَ أُسْتُحِقَّتْ بِنَفْسِ الْبَيْعِ فَلَا تَسْقُطُ بَعْدَهُ وَقِيلَ يَسْقُطُ وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي حَفْصٍ وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

الفائدة الرابعة عشر: هل يملك المضارب أو الشريك الإقالة فيما اشتراه؟ من الأصحاب من قال: إن قلنا: الإقالة بيع ملك، وإلا فلا؛ لأنَّ الفسخ ليس من التجارة المأذون فيها وهي طريقة ابن عقيل في موضع من فصوله، والأكثرون على أن يملكها على القولين مع المصلحة كما يملك الفسخ بالخيار.

والخامسة عشر: هل يملك المفلس بعد الحجر المقابلة لظهور المصلحة إن قلنا: هي بيع لم يملكه وإن قلنا: فسخ فالأظهر أنه يملكه كما يملك الفسخ بخيار أو عيب ولا يتقيد بالأحظ على الأصح لأنَّ ذلك ليس يتصرف مستأنف بل من تمام العقد الأول ولو أحققه.

الفائدة السادسة عشر: لو وهب الوالد لابنه شيئاً فباعه ثم رجع إليه بإقاله. فإن قلنا: هي بيع امتنع رجوع الأب فيه وإن قلنا: هي فسخ فوجهان، وكذلك حكم المفلس إذا باع السلعة ثم عادت إليه بإقاله ووجدها بائعها عنده.

الفائدة السابعة عشر: باع أمة ثم أقال فيها قبل القبض فهل يلزمه استيراءها؟ فيه طريقتان: أحدهما: قاله أبو بكر وابن أبي موسى إن قلنا: الإقالة بيع وجب الاستيراء، وإن قلنا: فسخ لم يجب. والثاني: أن في المسألة روايتين مطلقاً من غير بناء كل هذا الأصل ثم قيل إنه مبنى على انتقال الضمان عن البائع وعدمه وإليه أشار ابن عقيل وقيل بل يرجع إلى أن تجدد الملك مع تحقق البراءة من الحمل هل يوجب الاستيراء وهذا أظهر.

الفائدة الثامنة عشر: لو حلف لا يبيع أو ليسيعن أو علق على البيع طلاقاً أو عتقاً ثم أقال فإن قلنا: هي بيع ترتبت عليها أحكامه من البر والحنت وإلا فلا وقد يقال الأيمان ثبني على العرف وليس في العرف أن الإقالة بيع.

الفائدة التاسعة عشر: ثقالاً في بيع فاسد ثم حكم الحاكم بصحة العقد ونفذه فهل يؤثر حكمه؟ إن قلنا: هي بيع فحكمه بصحة العقد الأول صحيح لأنَّ العقد باق وقد تأكد ترتب عقد آخر عليه وإن قلنا: هي فسخ لم ينفذ لأنَّ العقد ارتفع بالإقالة فصار كأنه لم يوجد ويحتمل أن ينفذ وتلغى الإقالة لأنها تصرف في بيع فاسد قبل الحكم بصحته فلم ينفذ ولم يؤثر فيه شيئاً هذا ظاهر ما ذكره ابن عقيل في عمدة الأدلة.

الفائدة العشرون: لو باع ذميّاً آخر خمرًا وقبضت دون ثمنها ثم أسلم البائع وقلنا: يجب

لَهُ الثَّمَنُ فَأَقَالَ الْمُشْتَرِي فِيهَا فَإِنْ قُلْنَا: الْإِقَالَةُ بَيْعٌ لَمْ يَصَحَّ لِأَنَّ شِرَاءَ الْمُسْلِمِ لِلْخَمْرِ لَا يَصَحُّ. وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ أَحْتَمِلُ أَنْ يَصَحَّ فَيَرْتَفِعَ بِهَا الْعَقْدُ وَلَا يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْمُسْلِمِ فَهِيَ فِي مَعْنَى إِسْقَاطِ الثَّمَنِ عَنِ الْمُشْتَرِي وَاحْتِمَالُ أَنْ لَا يَصَحَّ لِأَنَّهُ اسْتَرْدَادٌ لِمِلْكِ الْخَمْرِ كَمَا قَالَ أَصْحَابُنَا فِي الْمُحْرَمِ أَنَّهُ لَا يَسْتَرِدُّ الصَّيْدَ بِخِيَارٍ وَلَا غَيْرِهِ فَإِنْ رَدَّ عَلَيْهِ بِذَلِكَ صَحَّ الرَّدُّ وَلَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِهِ فَيَلْزِمُهُ إِرْسَالُهُ. وَفِي التَّلْخِصِ لَوْ رَدَّ الْعَبْدُ الْمُسْلِمَ عَلَى بَائِعِهِ الْكَافِرِ يَعْيِبُ صَحَّ وَدَخَلَ فِي مِلْكِهِ لِأَنَّهُ قَهْرِيٌّ كَالْإِرْثِ فَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ فِي رَدِّ الصَّيْدِ عَلَى الْمُحْرَمِ يَعْيِبُ وَرَدَّ الْخَمْرَ عَلَى الْمُسْلِمِ بِالْعَيْبِ كَذَلِكَ، إِذَا قُلْنَا: يُمْلِكُنَ بِالْقَهْرِ.

الفائدة الحادية والعشرون: الإقالة هل تصحُّ بعد موت المتعاقدين؟ ذكر القاضي في موضع من خلافه أن خيار الإقالة يبطل بالموت ولا يصح بعده. وقال في موضع آخر إن قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ صَحَّتْ مِنَ الْوَرِثَةِ وَإِنْ قُلْنَا: فَسْخٌ فَوَجَّهَانِ.

السادسة: التَّوَدُّ هَلْ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فِي الْعَقْدِ أَمْ لَا؟ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَيْتَانِ عَنْ أَحْمَدَ أَشْهَرُهُمَا أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فِي عَقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ حَتَّى إِنْ الْقَاضِي فِي تَعْلِيلِهِ أَنْكَرَ ثُبُوتَ الْخِلَافِ فِي ذَلِكَ الْمَذْهَبِ، وَالْأَكْثَرُونَ أَثْبَتُوهُ.

ولهذا الخلاف فوائد كثيرة:

منها: أَنَّهُ يُحْكَمُ بِمِلْكِهَا لِلْمُشْتَرِي بِمَجَرَّدِ التَّعْيِينِ فَيَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهَا وَإِنْ تَلَفَتْ تَلَفَتْ مِنْ ضَمَانِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى لَا يَمْلِكُهَا بِدُونِ الْقَبْضِ فَهِيَ قَبْلَهُ مِلْكُ الْبَائِعِ وَتَلَفٌ مِنْ ضَمَانِهِ.

ومنها: لَوْ بَانَ الثَّمَنُ مُسْتَحَقًّا فَعَلَى الْمَذْهَبِ الصَّحِيحِ يَبْطُلُ الْعَقْدُ لِأَنَّهُ وَقَعَ عَلَى مِلْكِ الْغَيْرِ فَهُوَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى سِلْعَةً فَبَانَ مُسْتَحَقَّةً، وَعَلَى الثَّانِيَةِ لَا يَبْطُلُ وَلَهُ الْبَدَلُ، وَهَاهُنَا مَسْأَلَةٌ مُشْتَمِلَةٌ عَلَى قَوَاعِدِ الْمَذْهَبِ وَهِيَ إِذَا غَضِبَ نَقُودًا وَاتَّجَرَ فِيهَا وَرَبِحَ فَإِنْ نُصُوصَ أَحْمَدُ مُتَّفَقَةً عَلَى أَنَّ الرَّبْحَ لِلْمَالِكِ فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ بَنَاهُ عَلَى الْقَوْلِ بِوَقْفِ تَصَرُّفِ الْغَاصِبِ عَلَى الْإِجَارَةِ كَابْنِ عَقِيلٍ وَصَاحِبِ الْمُعْنِيِّ وَمِنْهُمْ مَنْ بَنَاهُ عَلَى أَنْ تَصَرُّفَاتِ الْغَاصِبِ صَحِيحَةٌ بِدُونِ إِجَارَةٍ لِأَنَّهُ مُدَّةٌ تَطُولُ فَيَشُقُّ اسْتِدْرَاكُهَا وَفِي الْقَضَاءِ يَبْطُلَانِهَا ضَرَرٌ عَلَيْهِ وَعَلَى الْمَالِكِ بِتَقْوِيَةِ الرَّبْحِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ صَاحِبِ التَّلْخِصِ، وَالصَّحَّةُ عِنْدَهُ مُخْتَصَّةٌ بِالتَّصَرُّفِ الْكَثِيرِ وَأَشَارَ إِلَيْهِ صَاحِبُ الْمُعْنِيِّ وَأَنَّ مَا لَمْ يُدْرِكْهُ الْمَالِكُ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى اسْتِرْجَاعِهِ يَصَحُّ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِدُونِ انْكَارِهِ لِهَذَا الْمَعْنَى. وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ نَزَّلَهُ عَلَى أَنْ

الغاصب اشترى في ذمته ثم نقد الثمن وهي طريقة القاضي في بعض كتبه وابن عقيل في موضع آخر ويشهد لهذا أن المروزي نقل عن أحمد التفرقة بين الشراء بعين الغصب والشراء في الذمة فتتزل نصوصه المطلقة على هذا المقيد وإنما كان الربح للمالك مع أن الشراء وقع للغاصب لأنه نتيجة ملك المعصوب منه وفائدته فهو كالمتولد من عينه. ويحتمل أن يخرج ذلك على رواية عدم تعيين الثنود بالتعيين في العقد فيبقى كالشراء في الذمة سواء.

ومنها: إذا بان الثنود المعين معيباً فله حالتان:

أحدهما: أن يكون عينه من غير جنسه فيبطل العقد من أصله نص عليه وذكره الأصحاب وعلموه بأنه زال عنه اسم الدينار والدرهم بذلك فلم يصح العقد عليه كما لو عقد على شاة فبانت حماراً وأوماً إليه أحمد في رواية الميموني فقال: إن كان ذهباً حمل عليه شيء دخل فيه من الفضة أو الثحاس أو خالطه غيره فقد زال عنه اسم الذهب؛ لما دخل فيه وهذا متوجه إذا كان كله أو غالبه كذلك وأما إن كان فيه يسير من غير جنسه فلا يزال عنه الاسم بالكيفية فلا ينبغي بطلان العقد ها هنا بالكيفية. وهذا ظاهر كلام أبي محمد التميمي في خصاله ويحتمل أن يبطل العقد ها هنا لمعنى آخر وهو أن البائع لا يمكن إجباره على قبول هذا وإنما باع بدينار كامل والمشتري لا يجبر على دفع بقية الدينار لأنه إنما اشترى بهذا الدينار المتعين فبطل العقد ويحتمل أن يصح البيع بما في الدينار من الذهب بقسطه من المبيع ويبطل الباقي، وللمشتري الخيار لتبعض المبيع عليه وأصل هذين الاحتمالين الروايتان فيما إذا باعه أرضاً معينة على أنها عشرة أذرع فبانت تسعة يحتمل أن يصح البيع كله بدينار ويلزم المشتري بثمن الدينار من غيره ذهباً؛ لأن العقد وقع على دينار كامل فإذا بان دونه وجب إتمامه جمعاً بين المقصدين: التعيين والتسمية. وأصل هذا الوجه ما نص عليه أحمد في رواية ابن منصور فيمن اشترى سمناً في ظرف فوجد فيه رباً إن كان سمناً عنده سمناً أعطاه بوزنه سمناً وإن لم يكن عنده سمناً أعطاه بقدر الرب من الثمن وإنما فرق بين السمّان وغيره لأن السمّان شأنه بيع السمّان فكأنه باعه بمقدار الظرف سمناً وأما غيره فإلما باعه هذا الظرف المعين. والثنود من جنس الأول لا الثاني.

الحالة الثانية: أن يكون عينها من جنسها ولم ينقص وزنها كالسواد في الفضة فالبائع بالخيار بين الإمساك والفسخ وليس له البدل لتعيين النقد في العقد ومن أمسك فله الأرض

إِلَّا فِي صَرَفَهَا بِحَبْسِهَا صَرَحَ بِهِ الْحُلُوتَانِي وَأَبْنُهُ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ وَفِي بَعْضِ نُسَخِ الْخُرَقِيِّ مَا يَقْتَضِيهِ وَظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي الْخَطَّابِ خِلَافُهُ فَهَذَا كُلُّهُ تَفَرُّعٌ عَلَى رِوَايَةِ تَعْيِينِ التَّقْوَدِ فَأَمَّا عَلَى الْأُخْرَى فَلَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ بِحَالٍ إِلَّا أَنْ يَتَفَرَّقَا وَالْعَيْبُ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ لِفَوَاتِ قَبْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي الْمَجْلِسِ وَلَا فَسْخٌ بِذَلِكَ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بِهِ الْبَدَلُ دُونَ الْأَرْضِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِي الذِّمَّةِ دُونَ الْمُعَيَّنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا بَاعَهُ سِلْعَةً بِنَقْلٍ مُعَيَّنٍ فَعَلَى الْمَشْهُورِ لَا يُجْبَرُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى الْبِدَاءَةِ بِالتَّسْلِيمِ بَلْ يُنْصَبُ عَدْلٌ يَقْبِضُ مِنْهُمَا ثُمَّ يَقْضِيهِمَا لِتَعْلُقِ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِعَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ فَهُمَا سَوَاءٌ وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى هُوَ كَمَا لَوْ بَاعَهُ بِنَقْلٍ فِي الذِّمَّةِ فَيُجْبَرُ الْبَائِعُ أَوَّلًا عَلَى التَّسْلِيمِ لِتَعْلُقِ حَقِّ الْمُشْتَرِي بِالْعَيْنِ دُونَهُ. وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ وَتَأَوَّلَهُ الْقَاضِي عَلَى أَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ عَلَى ثَمَنِ فِي الذِّمَّةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَهُ سِلْعَةً بِنَقْلٍ مُعَيَّنٍ ثُمَّ آتَاهُ بِهِ فَقَالَ هَذَا الثَّمَنُ وَقَدْ خَرَجَ مَعِيًّا وَأَنْكَرَ الْمُشْتَرِي، فِيهِ ثَلَاثُ طُرُقٍ:

أَحَدُهَا: إِنْ قُلْنَا: التَّقْوَدُ تَعَيَّنَ بِالتَّعْيِينِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ اسْتِحْقَاقَ الرَّدِّ وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَتَعَيَّنُ فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي أَيْضًا لِأَنَّهُ أَقْبَضَ فِي الظَّاهِرِ مَا عَلَيْهِ. وَالثَّانِي: قَوْلُ الْقَاضِي لِأَنَّ الثَّمَنَ فِي ذِمَّتِهِ وَالْأَصْلُ اسْتِغَالُهَا بِهِ إِلَّا أَنْ يَثْبُتَ بَرَاءَتُهَا مِنْهُ وَهَذِهِ طَرِيقَةُ السَّامِرِيِّ فِي الْمُسْتَوْعِبِ.

وَالطَّرِيقَةُ الثَّانِيَةُ: إِنْ قُلْنَا: التَّقْوَدُ لَا تَتَعَيَّنُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ وَجْهًا وَاحِدًا لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ اسْتِغَالُ ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ وَلَمْ يَثْبُتْ بَرَاءَتُهَا مِنْهُ، وَإِنْ قُلْنَا: تَتَعَيَّنُ فَوَجْهَانِ مُخْرَجَانِ مِنَ الرِّوَايَتَيْنِ فِيمَا إِذَا ادَّعَى كُلُّ مَنِ الْمُتْبَاعِيَيْنِ أَنَّ الْعَيْبَ حَدَثَ عِنْدَهُ فِي السِّلْعَةِ:

أَحَدُهُمَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ لِأَنَّهُ يَدَّعِي سَلَامَةَ الْعَقْدِ وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ، وَيَدَّعِي عَلَيْهِ ثُبُوتَ الْفَسْخِ وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ. وَالثَّانِي: قَوْلُ الْقَاضِي لِأَنَّهُ مُنْكَرُ التَّسْلِيمِ وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي بَعْضِ تَعَالِيْقِهِ وَجَزَمَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ وَالْمُحَرَّرُ بِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْبَائِعِ إِذَا أَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ الْمَرْدُودُ بِالْعَيْبِ هُوَ الْمَبِيعُ وَلَمْ يَحْكِيَا خِلَافًا. وَلَا فَصْلَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ فِي الذِّمَّةِ أَوْ مُعَيَّنًا نَظَرًا إِلَى أَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ اسْتِحْقَاقَ الرَّدِّ وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ. وَذَكَرَ الْأَصْحَابُ مِثْلَ ذَلِكَ فِي مَسَائِلِ الصَّرْفِ وَفَرَّقَ السَّامِرِيُّ فِي فُرُوقِهِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَرْدُودُ بِعَيْبٍ وَقَعَ عَلَيْهِ مُعَيَّنًا

فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْبَائِعِ وَيَبْنَى أَنْ يَكُونَ فِي الذِّمَّةِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُشْتَرِي لَمَّا تَقَدَّمَ. وَهَذَا فِيمَا إِذَا أَنْكَرَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ الْعَيْبَ أَنَّ مَالَهُ كَانَ مَعِيًّا أَمَا إِنْ اعْتَرَفَ بِالْعَيْبِ فَقَدْ فَسَخَ صَاحِبُهُ وَأَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ هَذَا هُوَ الْمُعَيَّنُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ صَرَحَ بِهِ فِي التَّفْلِيسِ فِي الْمُغْنِيِّ مُعَلَّلًا بِأَنَّهُ قَبْلَ اسْتِحْقَاقِ مَا ادَّعَى عَلَيْهِ الْآخَرُ، وَالْأَصْلُ مَعَهُ وَيَشْهَدُ لَهُ أَنَّ الْمِيعَ فِي مِلَّةِ الْخِيَارِ إِذَا رَدَّهُ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ فَأَنْكَرَ الْبَائِعُ أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمِيعَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي حَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ أَحْمَدَ لَا تَتَّفَقُهُمَا عَلَى اسْتِحْقَاقِ الْفَسْخِ بِالْخِيَارِ، وَبِذَلِكَ وَجْهَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ وَقَدْ يَنْبَغِي عَلَى ذَلِكَ أَنَّ الْمِيعَ بَعْدَ الْفَسْخِ بِعَيْبٍ وَنَحْوِهِ هَلْ هُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي أَوْ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ وَفِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ ذِكْرُهُ.

فَإِنَّ الْأَمَانَاتِ الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ مَعَ الْاِخْتِلَافِ فِي عَيْنِهَا وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الرَّهْنِ، وَلِذَلِكَ نَصَّ فِي اخْتِلَافِ الْمُتَبَايَعِينَ فِي عَيْنِ الْمِيعِ الْمُعَيَّنِ قَبْلَ قَبْضِهِ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْبَائِعِ وَقَدْ يَكُونُ مَا أَخَذَهُ أَنَّهُ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ عَلَّلَ بِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةٌ ذِمَّةِ الْبَائِعِ مِمَّا يَدَّعِي عَلَيْهِ فَهُوَ كَمَا أَقَرَّ بِعَيْنٍ لِرَجُلٍ ثُمَّ أَحْضَرَهَا فَأَنْكَرَ الْمُقَرَّرُ لَهُ أَنْ تَكُونَ هِيَ الْمُقَرَّرُ بِهَا فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُقَرَّرِ مَعَ يَمِينِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ عَبْدَيْنِ شَرِيكَيْنِ، فِيمَا نَصِيبِ كُلٍّ مِنْهُمَا عَشْرَةُ دَنَانِيرَ فَقَالَ رَجُلٌ يَمْلِكُ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهَا لِأَحَدِهِمَا: اعْتَقُ نَصِيبَكَ عَنِّي عَلَى هَذِهِ الدَّنَانِيرِ الْعَشْرَةَ ففَعَلَ عَتَقَ نَصِيبَ الْمَسْتَوْثِلِ عَنِ السَّائِلِ وَهَلْ يَسْرِي عَلَيْهِ إِلَى حِصَّةِ الْآخَرِ أَمْ لَا؟. إِنْ قُلْنَا: إِنْ التَّقْوَدُ تَتَّعِينَ بِالَّتَعْيِينِ لَمْ يَسْرَ لِأَنَّ الْمَسْتَوْثِلَ مَلَكَهَا عَلَيْهِ بِالْعَقْدِ فَلَمْ يَبْقَ فِي مِلْكِ السَّائِلِ شَيْءٌ فَصَارَ مُعْسِرًا وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَتَّعِينُ سَرَى إِلَى حِصَّةِ الشَّرِيكِ كَمَا لَوْ اشْتَرَى ذَلِكَ النَّصِيبَ بِثَمَنِ فِي الذِّمَّةِ لِأَنَّهُ مَالُكَ لِقِيَمَةِ حِصَّةِ الْآخَرِ وَذَكَرَ السَّامِرِيُّ وَيُقِيدُ هَذَا أَنَّ الدَّيْنَ الْمُسْتَعْرِقَ لَا يَمْنَعُ السَّرَايَةَ.

السَّابِعَةُ: الْعَبْدُ هَلْ يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ أَمْ لَا؟ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَانِ عَنْ أَحْمَدَ. أَشْهَرُهُمَا عِنْدَ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخُرَقِيِّ وَأَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ. وَالثَّانِيَةُ: يَمْلِكُ اخْتَارَهَا ابْنُ شَاقِلَا وَصَحَّحَهَا ابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُغْنِيِّ.

وَلِهَذَا الْخِلَافِ فَوَائِدُ كَثِيرَةٌ جِدًّا:

فَمِنْهَا: لَوْ مَلَكَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ مَالًا زَكَوِيًّا فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُهُ فَزَكَاتُهُ عَلَى السَّيِّدِ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ فَلَا زَكَاةَ عَلَى السَّيِّدِ لِاتِّفَاءِ مِلْكِهِ لَهُ وَلَا عَلَى الْعَبْدِ لِأَنَّ مِلْكَهُ مُزَلْزَلٌ وَلِهَذَا

لَمْ يَلْزَمُهُ فِيهِ نَفَقَةُ الْأَقَارِبِ، وَلَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ رَحِمُهُ بِالشَّرَاءِ هَذَا مَا قَالَ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ، مِنْهُمْ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ وَفِي كَلَامِ أَحْمَدَ إِيْمَاءٌ إِلَيْهِ وَحَكَى بَعْضُ الْأَصْحَابِ رَوَايَةَ وَجُوبِ زَكَاتِهِ عَلَى الْعَبْدِ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ مِلْكُهُ وَمِنْهُمْ مَنْ اشْتَرَطَ مَعَ ذَلِكَ إِذْنُ السَّيِّدِ؛ لِقَوْلِ أَحْمَدَ فَيُزَكَّى بِإِذْنِ سَيِّدِهِ وَإِنَّمَا مُرَادُهُ أَنَّ الْمَالَ لِلْسَّيِّدِ وَزَكَاتُهُ عَلَيْهِ. وَالْعَبْدُ كَالْوَكِيلِ وَالْمُودِعِ فَلَا يُزَكَّى بِدُونِ إِذْنِهِ وَعَنْ ابْنِ حَامِدٍ أَنَّهُ ذَكَرَ احْتِمَالًا بِوُجُوبِ زَكَاتِهِ عَلَى السَّيِّدِ عَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ لِأَنَّهُ إِمَّا مِلْكٌ لَهُ أَوْ فِي حُكْمِ مِلْكِهِ لِتَمَكُّنِهِ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا مَلَكَهُ السَّيِّدُ وَأَهْلٌ عَلَيْهِ هِلَالُ الْفِطْرِ فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُهُ فِطْرَتُهُ عَلَى السَّيِّدِ وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا فِطْرَةَ لَهُ عَلَى أَحَدٍ، قَالَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ اعْتِبَارًا بِزَكَاةِ الْمَالِ كَمَا سَبَقَ. وَالثَّانِي: فِطْرَتُهُ عَلَى السَّيِّدِ، صَحَّحَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ لِأَنَّهُ نَفَقَتُهُ عَلَى السَّيِّدِ وَكَذَلِكَ فِطْرَتُهُ.

وَمِنْهَا: تَكْفِيرُهُ بِالْمَالِ فِي الْحَجِّ وَالْإِيْمَانِ وَالظَّهَارِ وَنَحْوِهَا، وَفِيهِ لِلْأَصْحَابِ طُرُقٌ: أَحَدُهَا: الْبِنَاءُ عَلَى مِلْكِهِ وَعَدَمِهِ فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ فَلَهُ التَّكْفِيرُ بِالْمَالِ فِي الْجُمْلَةِ وَإِلَّا فَلَا وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي وَأَبِي الْخَطَّابِ وَابْنِ عَقِيلٍ وَأَكْثَرُ الْمُتَأَخِّرِينَ؛ لِأَنَّ التَّكْفِيرَ بِالْمَالِ يَسْتَدْعِي مِلْكَ الْمَالِ فَإِذَا كَانَ هَذَا غَيْرَ قَابِلٍ لِلْمِلْكِ بِالْكُلِّيَّةِ فَقَرَضَهُ الصِّيَامُ خَاصَّةً وَعَلَى الْقَوْلِ بِالْمِلْكِ فَإِنَّهُ يُكْفَرُ بِالْإِطْعَامِ وَهَلْ يُكْفَرُ بِالْعَتَقِ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ لِأَنَّ الْعَتَقَ يَقْتَضِي الْوَلَاءَ وَالْوَلَايَةَ وَالْإِرْثَ وَلَيْسَ الْعَبْدُ مِنْ أَهْلِهَا. وَهَلْ يَلْزَمُهُ التَّكْفِيرُ بِالْمَالِ أَوْ يَجُوزُ لَهُ مَعَ إِجْزَاءِ الصِّيَامِ الْمُتَوَجُّهُ إِنْ كَانَ فِي مِلْكِهِ مَالٌ فَأَذِنَ لَهُ السَّيِّدُ بِالتَّكْفِيرِ مِنْهُ لَزِمَهُ ذَلِكَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي مِلْكِهِ بَلْ أَرَادَ السَّيِّدُ أَنْ يَمْلِكَهُ لِيُكْفَرَ لَمْ يَلْزَمَهُ كَالْحَرِّ الْمُعْسِرِ إِذَا بَدَّلَ لَهُ مَالٌ. وَعَلَى هَذَا يَنْتَزِلُ مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ مِنْ لُزُومِ التَّكْفِيرِ بِالْمَالِ فِي الْحَجِّ وَنَفْيِ اللَّزُومِ فِي الظَّهَارِ.

الطَّرِيقَةُ الثَّانِيَّةُ: أَنَّ فِي تَكْفِيرِهِ بِالْمَالِ بِإِذْنِ السَّيِّدِ رَوَاتَيْنِ مُطْلَقَتَيْنِ سَوَاءٌ قُلْنَا: يَمْلِكُ أَوْ لَا يَمْلِكُ حَكَاهَا الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ عَنْ شَيْخِهِ ابْنِ حَامِدٍ وَغَيْرِهِ مِنَ الْأَصْحَابِ وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي بَكْرٍ فَوَجَّهَ عَدَمَ تَكْفِيرِهِ بِالْمَالِ مَعَ الْقَوْلِ بِالْمِلْكِ أَنَّ يَمْلِكُهُ ضَعِيفٌ لَا يَحْتَمِلُ الْمَوَاسَاةَ وَلِهَذَا لَمْ يَجِبْ فِيهِ الزَّكَاةُ وَلَا نَفَقَةُ الْأَقَارِبِ فَكَذَلِكَ الْكُفَّارَاتُ وَالْوَجْهُ تَكْفِيرُهُ بِالْمَالِ مَعَ الْقَوْلِ بِانْتِفَاءِ مِلْكِهِ. مَاخُذَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ تَكْفِيرَهُ بِالْمَالِ إِنَّمَا هُوَ تَبَرُّعٌ لَهُ مِنَ السَّيِّدِ وَإِبَاحَةٌ لَهُ أَنْ يُكْفَرَ مِنْ مَالِهِ

والتكفير عن الغير لا يشترط دخوله في ملك المكفر عنه، كما يقول في رواية في كفارة المجمع في رمضان إذا عجز عنها وقلنا: لا يسقط تكفير غيره عنه إلا بإذنه جاز أن يدفعها إليه وكذلك في سائر الكفارات على إحدى الروايتين ولو كانت قد دخلت في ملكه لم يجز أن يأخذها هو لأنه لا يكون حينئذ إخراجاً للكفارة.

والمأخذ الثاني: أن العبد ثبت له في ملك قاصر بحسب حاجته إليه وإن لم يثبت له الملك المطلق التام فيجوز أن يثبت له في المال المكفر به ملك ينتج له التكفير بالمال دون بيعه وهبته كما أثبتنا له في الأمة ملكاً قاصراً أبيع له التسري بها دون بيعها ولا هبتها على ما سذكره وهذا اختيار الشيخ تقي الدين. ووجه التفريق بين العتق والإطعام أن التكفير بالعتق محتاج إلى ملك بخلاف الإطعام ذكره ابن أبي موسى ولهذا لو أمر من عليه الكفارة رجلاً أن يطعم عنه ففعل أجرأته ولو أمر أن يعتق عنه ففي جزائه عنه روايتان ولو تبرع الوارث بالإطعام الواجب عن موروثه صح ولو تبرع عنه بالعتق لم يصح ولو أعتق الأجنبي عن الموروث لم يصح ولو أطعم عنه فوجهان.

الطريقة الثالثة: أنه لا يجزئ التكفير بغير الصيام بحال على كلا الطريقين وهي ظاهر كلام أبي الخطاب في كتاب الظهار وصاحب التلخيص وغيرهما لأن العبد وإن قلنا: يملك فإن ملكه ضعيف لا يحتمل المواساة كما سبق فلا يكون مخاطباً بالتكفير بالمال بالكيفية فلا يكون فرضه غير الصيام بالأصالة بخلاف الحر العاجز فإنه قابل للتملك ومن هاهنا، والله أعلم، قال الخرقى: العبد أيضاً إذا حنت ثم عتق لا يجزئه التكفير بغير الصوم بخلاف المعسر إذا حنت ثم أيسر. وقال أيضاً في العبد: إذا فاته الحج أنه يصوم عن كل مد من قيمة الشاة يوماً وقال في الحر المعسر: إنه يصوم في الإحصار صيام التمتع والفرق بينهما أن العبد ليس من أهل الملك القابل لتعلق الواجبات به فيتعلق به وجوب الصيام بالأصالة وفدية الفوات والإحصار ولم يرد فيها نص بغير الهدي فأوجبنا على العبد صياماً يقوم مقام الهدي ويعدل قيمة الشاة كما وجب في جزاء الصيد لأن هذا الصيام واجب بالأصالة ليس بدلاً عن الهدي ويعدل الهدي، وشية به فيكون فرض العبد بالأصالة بخلاف الحر المعسر فإن الواجب في ذمته بالأصالة هو الهدي فإن عجز عنه انتقل إلى البدل الذي شرع للهدي وهو صيام التمتع.

ومنها: إذا باع عبداً وله مال وفيه للأصحاب طرُق:

إحداها: البناء على الملك وعدمه فإن قلنا: يملك لم يشترط معرفة المال ولا سائر شرائط البيع فيه لأنه غير داخل في العقد وإنما اشترط على ملك العبد ليكون عبداً ذا مال وذلك صفة في العبد لا تفرد بالمعاوضة وهو كبيع المكاتب الذي له مال وإن قلنا: لا يملك أشرط لملكه معرفته وأن يبعه بغير جنس المال أو بجنسه بشرط أن يكون الثمن أكثر على رواية ويشترط التقابض لأن المال حيث دخل في عقد البيع وهذه طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل وأبي الخطاب في انتصاره وغيرهم.

والطريقة الثانية: اعتبار قصد المال أو عدمه لا غير فإن كان المال مقصوداً للمشتري أشرط علمه وسائر شروط البيع وإن كان غير مقصود بل قصد المشتري تركه للعبد ليستفيع به وحده لم يشترط ذلك لأنه تابع غير مقصود وهذه الطريقة هي المنصوصة عن أحمد وأكثر أصحابه كالخريفي وأبي بكر والقاضي في خلافه وكلامه ظاهر في الصحة. وإن قلنا: إن العبد لا يملك وترجع المسألة على هذه الطريقة إلى بيع ربوي بغير جنسه ومعه من جنسه ما هو غير مقصود وقد استوفينا الكلام عليها في القواعد ورجح صاحب المغني هذه الطريقة.

والطريقة الثالثة: الجمع بين الطريقتين وهي طريقة القاضي في الجامع الكبير وصاحب المحرر ومضمونها أنا إن قلنا: العبد يملك لم يشترط لماله شروط البيع بحال، وإن قلنا: لا يملك فإن كان المال مقصوداً للمشتري أشرط له شرائط البيع وإن كان غير مقصود له لم يشترط له ذلك.

ومنها: إذا أذن المسلم لعبيه الذمي أن يشتري له بماله عبداً مسلماً فاشتراه فإن قلنا: يملك لم يصح شراؤه له، وإن قلنا: لا يملك صح وكان مملوكاً للسيد. قال الشيخ مجد الدين هذا قياس المذهب عندي قلت: ويتخرج فيه وجه آخر لا يصح على القولين بناء على أحد الوجهين أنه لا يصح شراء الذمي لمسلم بالوكالة ولو كان بالعكس بأن يأذن الكافر لعبيه المسلم الذي يثبت ملكه عليه أن يشتري بماله رقيقاً مسلماً. فإن قلنا: يملك صح وكان العبد له وإن قلنا: لا يملك لم يصح.

ومنها: تسري العبد وفيه طريقتان:

أحدهما: بناؤه على الخلاف في ملكه فإن قلنا: يملك جاز تسريه وإلا فلا؛ لأن الوطء بغير نكاح ولا ملك يمين محرم بنص الكتاب والسنة وهي طريقة القاضي

وَالْأَصْحَابُ بَعْدَهُ.

وَالثَّانِيَةُ: يَجُوزُ تَسْرِيهِ عَلَى كِلَا الرِّوَايَتَيْنِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْخِرَقِيِّ وَأَبِي بَكْرٍ وَأَبْنِ أَبِي مُوسَى وَرَجَحَهَا صَاحِبُ الْمُعْنِيِّ وَهِيَ أَصَحُّ فَإِنَّ نَصُوصَ أَحْمَدَ لَا تَخْتَلِفُ فِي إِبَاحَةِ التَّسْرِي لَهُ، فَتَارَةً عَلَّلَ بِأَنَّهُ يَمْلِكُ وَتَارَةً اعْتَرَفَ بِأَنَّهُ خِلَافُ الْقِيَاسِ وَأَنَّهُ جَازٌ لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ عَلَيْهِ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ أَجَازَ التَّسْرِي وَإِنْ قِيلَ: لَا يَمْلِكُ اتِّبَاعًا لِلصَّحَابَةِ فِي ذَلِكَ وَوَجْهُهُ أَنَّ الْعَبْدَ وَإِنْ قِيلَ: إِنَّهُ لَا يَمْلِكُ فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَثْبُتَ لَهُ مِلْكٌ مَا يَحْتَاجُ إِلَى الْإِثْبَاطِ بِهِ وَلِذَلِكَ يَمْلِكُ عَقْدَ النِّكَاحِ وَهُوَ مِلْكٌ لِمَنْفَعَةِ الْبُضْعِ فَكَذَلِكَ يَمْلِكُ التَّسْرِي وَثَبُتَ لَهُ هَذَا الْمِلْكُ الْخَاصُّ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ وَلَا يَجُوزُ تَسْرِيهِ بِدُونِ إِذْنٍ. نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ كِنِكَاحِهِ؛ وَلَئِنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي مَالِهِ بِمَا يَتْلَفُ مَالِيَّتَهُ وَيُضَرُّ بِهِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ السَّيِّدِ بِهِ، وَالتَّسْرِي فِيهِ إِضْرَارٌ بِالْجَارِيَةِ، وَتَنْقِصٌ لِمَالِيَّتِهَا بِالْوَطْءِ وَالْحَمْلِ وَرَبِّمَا أَدَّى إِلَى تَلْفِهَا. وَنَقَلَ عَنْهُ أَبُو طَالِبٍ وَابْرَاهِيمُ بْنُ هَانِيٍّ يَتَسَرَّى الْعَبْدُ فِي مَالِهِ كَانَ ابْنُ عُمَرَ يَتَسَرَّى عِيْدُهُ فِي مَالِهِ فَلَا يَعْيبُ عَلَيْهِمْ. قَالَ الْقَاضِي فِيمَا عُلِّقَهُ عَلَى حَوَاشِي الْجَامِعِ لِلْخَلَّالِ: ظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ يَجُوزُ تَسْرِيهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ لَهُ لَأَنَّهُ مَالِكٌ لَهُ. انْتَهَى. وَيُمْكِنُ أَنْ يُحْمَلَ نَصُّ اشْتِرَاطِهِ عَلَى التَّسْرِي مِنْ مَالِ سَيِّدِهِ إِذَا كَانَ مَادُونًا لَهُ وَنَصُّهُ بِقَدَمٍ عَلَى اشْتِرَاطِ تَسْرِيهِ فِي مَالِ نَفْسِهِ الَّذِي يَمْلِكُهُ وَقَدْ أَوْمَأَ إِلَى هَذَا فِي رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ وَهُوَ الْأَظْهَرُ وَنَقَلَ الْأَثَرُ عَنْهُ فِي الرَّجُلِ يَهَبُ لِعَبْدِهِ جَارِيَةً لَا يَطْوُهَا وَلَكِنَّهُ يَتَسَرَّى فِي مَالِهِ إِذَا أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ وَفَسَّرَ مَالَهُ بِمَالِ الْعَبْدِ الَّذِي فِي يَدَيْهِ وَهَذَا فِي اعْتِبَارِ الْإِذْنِ فِي التَّسْرِي مِنْ مَالِ نَفْسِهِ وَتَفْرِيقِهِ بَيْنَ ذَلِكَ وَبَيْنَ الْأَمَةِ الَّتِي يَمْلِكُهَا السَّيِّدُ فِيهِ إِشْكَالٌ وَلَعَلَّهُ مَنَعَ الْوَطْءَ بِدُونِ إِذْنِ السَّيِّدِ فَيَكُونُ ذَلِكَ مِنْهُ اشْتِرَاطًا لِلِإِذْنِ السَّيِّدِ بِكُلِّ حَالٍ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ الْإِمَامَ أَحْمَدَ مُتَرَدِّدٌ فِي تَسْرِي الْعَبْدِ بِأَمَةِ سَيِّدِهِ وَنِكَاحِهِ هَلْ هُمَا جِنْسٌ وَاحِدٌ أَمْ لَا فَقَالَ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ: لَا يَبِيعُ أَمَتُهُ الْمَرْجُوعَةَ بَعْدَهُ حَتَّى يُطْلَقَهَا الْعَبْدُ فَجَعَلَهُ تَمْلِيكًا لَزَمًا وَنَقَلَ عَنْهُ الْأَكْثَرُونَ جَوَازَهُ وَاخْتَلَفَ عَنْهُ فِي بَيْعِ سُرِّيَةِ عَبْدِهِ فَتَقَلَ عَنْهُ الْمِمْوْنِيُّ الْجَوَازَ وَنَقَلَ عَنْهُ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْمَنَعَ مُعَلَّلًا بِأَنَّ التَّسْرِيَّ بِمَنْزِلَةِ النِّكَاحِ يُرِيدُ أَنَّهُ لَا زَمَ لَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهِ وَكَذَا نَقَلَ عَنْهُ ابْنُ هَانِيٍّ وَغَيْرُهُ وَاخْتَلَفَ عَنْهُ فِي جَوَازِ تَسْرِي الْعَبْدِ بِأَكْثَرِ مِنْ أَمَتَيْنِ فَتَقَلَ عَنْهُ الْمِمْوْنِيُّ الْجَوَازَ وَأَبُو الْحَارِثِ الْمَنَعَ كَالنِّكَاحِ، وَلَمْ يَخْتَلَفْ عَنْهُ فِي أَنَّ الْعَبْدَ وَسُرِّيَتَهُ يُوجِبُ تَحْرِيمَهُمَا عَلَيْهِ لِزَوَالِ مِلْكِهِ عَنْهَا وَنَقَلَهُ عَنْ ابْنِ عُمَرَ وَاخْتَلَفَ عَنْهُ فِي عِتْقِ الْعَبْدِ وَزَوْجَتِهِ هَلْ يَنْفَسَخُ بِهِ النِّكَاحُ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ بِنَاءً عَلَى تَغْلِيْبِ جِهَةِ التَّمْلِيكِ فِيهِ أَوْ جِهَةِ

النِّكَاحَ وَقَدْ اسْتَشْكَلَ أَكْثَرَ هَذِهِ النُّصُوصِ الْقَاضِي وَرَبَّمَا أَوْلَهَا وَنَزَّلَهَا عَلَى مَا ذَكَرَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَهَذِهِ الْمَسَائِلُ الْمَذْكُورَةُ مَنْصُوصَةٌ عَنِ السَّلَفِ حُكْمًا وَتَعْلِيلًا كَمَا ذَكَرْنَا وَكَذَلِكَ قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ إِبَاحَةُ التَّسْرِي لِلْعَبْدِ وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ فَيَكُونُ نِكَاحًا عِنْدَهُ وَحُمِلَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ وَعَلَى هَذَا فَهَلْ يَشْتَرِطُ لَهُ الْإِشْهَادُ وَكَلَامُ أَحْمَدَ يَقْتَضِي اسْتِحْبَابَهُ لَا غَيْرَ وَفِي ثُبُوتِ الْمَهْرِ بِهِ خِلَافٌ مَعْرُوفٌ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ السَّيِّدُ عَبْدَ نَفْسِهِ بِمَالٍ فِي يَدِهِ فَهَلْ يُعْتَقُ أَمْ لَا؟ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يُعْتَقُ بِذَلِكَ وَذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ مَعَ قَوْلِهِ: إِنْ الْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ، وَنَزَّلَهُ الْقَاضِي عَلَى الْقَوْلِ بِالْمِلْكِ فَيَكُونُ دُخُولُ السَّيِّدِ مَعَ عَبْدِهِ فِي بَيْعِهِ نَفْسَهُ بِمَالِهِ إِقْرَارًا لَهُ عَلَى مِلْكِهِ فَيَصِحُّ بَيْعُهُ وَيُعْتَقُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ لَمْ يَصِحَّ بَيْعُهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ بَيْعُهُ نَفْسَهُ هُنَا كِنَايَةً عَنْ عِنَقِهِ فَيُعْتَقُ بِهِ بِكُلِّ حَالٍ، وَلِهَذَا قَالَ الْأَصْحَابُ: أَنَّ بَيْعَ السَّيِّدِ عَبْدَهُ نَفْسَهُ بِمَالٍ تَعْلِيقٌ لِعِنَقِهِ عَلَى التَّزَامِهِ فَيُعْتَقُ عَلَى مِلْكِ السَّيِّدِ فَيَكُونُ هَاهُنَا تَعْلِيقًا عَلَى إيفاءِ هَذَا الْمَالِ، يُعْتَقُ بِهِ أَمَّا إِنْ دَفَعَ مَالًا إِلَى رَجُلٍ لِيَشْتَرِيَهُ بِهِ مِنْ سَيِّدِهِ فَفَعَلَ وَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي فَهَلْ يَصِحُّ الْعَقْدُ وَيُعْتَقُ إِنْ اشْتَرَاهُ الرَّجُلُ فِي الدِّمَةِ؟ ثُمَّ نَقَدَ الْمَالَ صَحَّ وَعَتَقَ وَإِنْ اشْتَرَاهُ بِغَيْرِ الْمَالِ انْبَنَى عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فِي تَعْيِينِ التَّقْوَدِ بِالتَّعْيِينِ عَلَى مَا سَبَقَ وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ وَآبِي الْحَارِثِ وَآبِي دَاوُدَ الْبُطْلَانُ مُعْلَلًا بِمَا ذَكَرْنَا وَذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ وَالتِّي قَبْلَهَا أَنَّ السَّيِّدَ لَمْ يَعْلَمْ هَهُنَا أَنَّهَا مَالُهُ فَلَا يَكُونُ إِقْرَارًا لَهَا عَلَى مِلْكِ الْعَبْدِ وَنَصَّ فِي رَوَايَةِ مُهْنًا وَحَنْبَلٍ عَلَى أَنَّهُ يُعْتَقُ وَيَعْرَمُ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ وَهَذَا قَدْ يَنْتَزَلُ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ التَّقْوَدَ لَا تَتَعَيَّنُ. وَقَدْ يَنْتَزَلُ مَعَ الْقَوْلِ بِالتَّعْيِينِ عَلَى أَنَّهُ عَقْدٌ فَاسِدٌ مُخْتَلَفٌ فِيهِ فَيَنْفَدُ فِيهِ الْعِنَقُ كَمَا يَنْفَدُ الطَّلَاقُ فِي النِّكَاحِ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِلْأَصْحَابِ وَكَذَلِكَ نَقَلَ مُهْنًا عَنْهُ فِي عَبْدٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ مِنْ مَالِ رَجُلٍ آخَرَ فَاشْتَرَاهُ بِهَا مِنْ سَيِّدِهِ وَأَعْتَقَهُ أَنَّهُ يَرْجِعُ صَاحِبُ الْمَالِ بِمَالِهِ فَإِنْ اسْتَهْلَكَ كَانَ دَيْنًا عَلَى الْعَبْدِ وَيُعْتَقُ الْعَبْدُ وَحُمِلَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنَ الْمُجَرَّدِ وَتَبِعَهُ ابْنُ عَقِيلٍ [فِي] الْمَسْأَلَةِ عَلَى أَنَّ الْعَبْدَ وَكُلَّ الرَّجُلِ فِي شِرَاءِ نَفْسِهِ مِنْ سَيِّدِهِ فَيَكُونُ الْمُشْتَرِي وَكَيْلًا لِلْعَبْدِ وَتَكُونُ وَكَالَةً صَحِيحَةً، قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: فَعَلَى هَذَا يَكُونُ قَدْ عَتَقَ فِي الْبَاطِنِ فِي الْحَالِ وَلِئِذَا اشْتَرَى الثَّمَنُ وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْعَبْدِ.

وَقَالَ أَيْضًا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: هَذَا فِيهِ إِشْكَالٌ لِأَنَّ الْعَبْدَ عِنْدَنَا لَا يَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ سَيِّدِهِ شَيْئًا بِنَفْسِهِ فَكَيْفَ يَصِحُّ تَوَكُّلُهُ فِيهِ وَلِهَذَا قَالَ أَحْمَدُ: لَا رَبًّا بَيْنَ الْعَبْدِ وَسَيِّدِهِ قَالَ: وَيَحْتَمِلُ

أَنْ يَصِحَّ بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ الْعَبْدَ يَمْلِكُ وَيَلْتَزِمُ عَلَيْهِ جَرَيَانُ الرَّبَا بَيْنَهُمَا، قَالَ: وَيَحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ غَلَطًا فِي كِتَابَيْهِمَا يَعْنِي الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَأَنَّ الصَّوَابَ فِي ذَلِكَ أَنْ يُقَالَ: إِذَا وَكَّلَ رَجُلٌ الْعَبْدَ فِي شِرَاءِ نَفْسِهِ مِنْ سَيِّدِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا عَتَقَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ وَلَهُ مَالٌ فَهَلْ يَسْتَقِرُّ مِلْكُهُ لِلْعَبْدِ أَمْ يَكُونُ لِلْسَّيِّدِ عَلَى رَوَابِتَيْنِ فَمِنْهُمْ مَنْ بَنَاهُمَا عَلَى الْقَوْلِ بِالْمِلْكِ وَعَدَمِهِ فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ اسْتَقَرَّ مِلْكُهُ عَلَيْهِ بِالْعَتَقِ وَإِلَّا فَلَا وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَصَاحِبِ الْمُحَرَّرِ وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَ الرَوَابِتَيْنِ عَلَى الْقَوْلِ بِالْمِلْكِ.

وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى الْعَبْدُ زَوْجَتَهُ الْأَمَةَ بِمَالِهِ فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ انْفَسَخَ نِكَاحُهُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ لَمْ يَنْفَسَخْ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَلَكَ سَيِّدُهُ أَمَةً فَاسْتَوْلَدَهَا فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ فَالْوَلَدُ مِلْكُ السَّيِّدِ وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ فَالْوَلَدُ مَمْلُوكٌ لِلْعَبْدِ لَكِنَّهُ لَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ حَتَّى يَعْتَقَ فَإِذَا عَتَقَ وَلَمْ يَنْزِعْهُ مِنْهُ قَبْلَ عَتَقِهِ عَتَقَ عَلَيْهِ لِتَمَامِ مِلْكِهِ حَيْثُ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ.

وَمِنْهَا: هَلْ يَنْفَعُ تَصَرُّفُ السَّيِّدِ فِي مَالِ الْعَبْدِ دُونَ اسْتِرْجَاعِهِ؟ إِنْ قُلْنَا: الْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ صَحَّ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَنْفَعُ عَتَقُ السَّيِّدِ لِرَفِيقِ عَبْدِهِ قَالَ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ: فَيَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ رَجَعَ فِيهِ قَبْلَ عَتَقِهِ قَالَ: وَإِنْ حُمِلَ عَلَى ظَاهِرِهِ فَلَاَنْ عَتَقَهُ يَتَضَمَّنُ الرُّجُوعَ فِي التَّمْلِيكِ.

وَمِنْهَا: الْوَقْفُ عَلَى الْعَبْدِ فَتَصُحُّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ فَقِيلَ: إِنْ ذَلِكَ يَتَفَرَّغُ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ فَأَمَّا: إِنْ قِيلَ: إِنَّهُ يَمْلِكُ صَحَّ الْوَقْفُ عَلَيْهِ كَالْمَكَاتِبِ فِي أَظْهَرِ الْوُجْهِينَ، وَالْأَكْثَرُونَ عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَيْهِ فِي الرَوَابِتَيْنِ لِضَعْفِ مِلْكِهِ.

وَمِنْهَا: وَصِيَّةُ السَّيِّدِ لِعَبْدِهِ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ فَإِنْ كَانَ بِجُزْءٍ مُشَاعٍ مِنْهُ صَحَّ وَعَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ بِنِسْبَةِ ذَلِكَ الْجُزْءِ لِدُخُولِهِ فِي عُمُومِ الْمَالِ وَكَمَّلَ عَتَقُهُ مِنْ بَقِيَّةِ الْوَصِيَّةِ نَصًّا عَلَيْهِ، فَقِيلَ: لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إِنَّمَا صَحَّتْ لِعَقْدِهِ فَتَقْدِيمُ الْعَتَقِ أَهَمُّ وَأَنْفَعُ لَهُ. وَقِيلَ: بَلِ الْجُزْءُ الشَّائِعُ الْمُوصَى بِهِ غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ فَتَعَيَّنَ فِي الْعَبْدِ تَصَحُّيحًا لِلْوَصِيَّةِ مَهْمَا أَمَكْنَ. وَيَحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ: مَلِكٌ بِالْوَصِيَّةِ جُزْءًا مُشَاعًا مِنْ نَفْسِهِ فَتَعَتَّقَ عَلَيْهِ وَمَلِكٌ بِهِ بَقِيَّةُ الْوَصِيَّةِ فَصَارَ مُعْسِرًا فَسَرَى الْعَتَقُ إِلَى الْبَاقِي مَضْمُونًا بِالسَّرَايَةِ مِنْ بَقِيَّةِ الْوَصِيَّةِ إِذْ لَا مَالَ لَهُ سِوَاهَا كَمَنْ مَلِكٌ بَعْضُ ذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٌ مِنْهُ بِفِعْلِهِ وَأَوَّلَى. وَهَذَا الْمَأْخُذُ مَقُولٌ عَنْ ابْنِ سِيرِينَ وَهُوَ حَسَنٌ وَفِي كَلَامِ أَبِي الْحَسَنِ

التَّمِيمِيَّ مَا يُشْعِرُهُ بِهَ إِيضًا. وَصَرَّحَ بَعْضُهُمْ أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنْهُ نِسْبَةُ الْوَصِيَّةِ مِنَ الْمَالِ فَيَسْرِي الْعَنْقُ إِلَى جَمِيعِهِ إِذَا احْتَمَلَهُ الثَّلَاثُ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلِ بِالسَّرَايَةِ بِالْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ وَيَكْمُلُ لَهُ بَقِيَّةُ الْوَصِيَّةِ مِنَ الْمَالِ إِنْ احْتَمَلَ الثَّلَاثُ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِجُزْءٍ مُعَيَّنٍ أَوْ مُقَدَّرٍ فِيهِ صَحَّةُ الْوَصِيَّةِ رَوَاتَانِ أَشْهَرُهُمَا عَدَمُ الصَّحَّةِ فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ بَنَاهُمَا عَلَى أَنَّ الْعَبْدَ هَلْ يَمْلِكُ أَمْ لَا وَأَشَارَ إِلَى ذَلِكَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ صَالِحَةٍ. وَهَذِهِ طَرِيقَةُ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَالشَّيْزَانِيِّ وَابْنِ عَقِيلٍ وَغَيْرِهِمْ. وَمِنْهُمْ مَنْ حَمَلَ الصَّحَّةَ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ كَقَدْرِ الْمُعَيَّنِ أَوْ الْمُقَدَّرِ مِنَ التَّرَكَةِ لَا بِعَيْنِهِ فَيَعُودُ إِلَى الْجُزْءِ الْمُشَاعِ وَهُوَ بَعِيدٌ جِدًّا.

وَمِنْهَا: لَوْ غَزَا الْعَبْدُ عَلَى فَرَسٍ مَلَكَهُ إِيَّاهَا سَيِّدُهُ فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهَا لَمْ يُسْهِمْ لَهَا وَلَئِنْ الْفَرَسَ تَبِعَ لِمَالِكِهَا فَإِذَا كَانَ مَالِكُهَا مِنْ أَهْلِ الرِّضْخِ فَكَذَلِكَ فَرَسُهُ وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُهَا أَسْهِمَ لَهَا لِأَنَّهَا لِسَيِّدِهِ كَذَا قَالَ الْأَصْحَابُ، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ ابْنِ الْحَكَمِ أَنَّهُ يُسْهِمُ لِفَرَسِ الْعَبْدِ وَتَوَقَّفَ مَرَّةً أُخْرَى، وَقَالَ لَا يُسْهِمُ لَهَا مُتَّحِدًا وَتَقَلَّ عَنْهُ أَبُو طَالِبٍ إِذَا غَزَا الْعَبْدُ مَعَ سَيِّدِهِ وَمَعَهُ فَرَسَانِ وَمَعَ سَيِّدِهِ فَرَسَانِ يُسْهِمُ لِفَرَسِي السَّيِّدِ وَلَا يُسْهِمُ لِفَرَسِي الْعَبْدِ لِأَنَّ الْكُلَّ لِلْسَيِّدِ وَلَا يُسْهِمُ لِأَكْثَرِ مِنْ فَرَسَيْنِ.

تَنْبِيْهُ: الْخِلَافُ فِي مِلْكِ الْعَبْدِ بِالتَّمْلِيكِ هَلْ هُوَ مُخْتَصٌّ بِتَمْلِيكِ سَيِّدِهِ أَمْ لَا؟ قَالَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ: وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِهِ فَلَا يَمْلِكُ مِنْ غَيْرِ جِهَتِهِ وَكَلَامُ الْأَكْثَرِينَ يَدُلُّ عَلَى خِلَافِهِ. وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: مِلْكُهُ اللَّقْطَةُ بَعْدَ الْحَوْلِ قَالَ طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ يَنْبَنِي عَلَى رَوَايَتِي الْمَلِكِ وَعَدَمِهِ جَعَلًا لِتَمْلِيكِ الشَّارِعِ كَتَمْلِيكِ السَّيِّدِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى أَنَّهُ يَمْلِكُ اللَّقْطَةَ وَإِنْ لَمْ يَمْلِكُ بِتَمْلِيكِ سَيِّدِهِ لِأَنَّهُ تَمْلِيكِ شَرْعِيٌّ يَثْبُتُ قَهْرًا فَيَثْبُتُ لَهُ حُكْمًا وَفَارَقَ الْمِيرَاثَ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ لِانْقِطَاعِ تَصَرُّفِهِ وَهُنَا هُوَ مِنْ أَهْلِ الْحَاجَةِ إِلَى الْمَالِ وَعِنْدَ صَاحِبِ التَّلْخِيصِ لَا يَمْلِكُهَا بِغَيْرِ خِلَافٍ وَكَذَلِكَ فِي الْهَدَايَةِ وَالْمُعْنَى أَنَّهَا مِلْكُ لِسَيِّدِهِ.

وَمِنْهَا: حَيَازَتُهُ الْمُبَاحَاتِ مِنْ اخْتِطَابٍ أَوْ اخْتِشَاشٍ أَوْ اصْطِيَاوٍ أَوْ مَعْدِنٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ. فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: هُوَ مِلْكُ لِسَيِّدِهِ دُونَهُ رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ كَالْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ لِأَنَّ جَوَارِحَ الْعَبْدِ وَمَنَافِعَهُ مِلْكُ لِسَيِّدِهِ فَهِيَ كَيْدُ نَفْسِهِ فَالْحَاصِلُ فِي يَدِ عَبْدِهِ كَالْحَاصِلِ فِي يَدِهِ حُكْمًا نَعَمْ لَوْ أَدْنَى السَّيِّدُ لَهُ فِي ذَلِكَ فَهُوَ كَتَمْلِيكِه إِيَّاهُ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ وَخَرَجَ طَائِفَةٌ الْمَسْأَلَةَ عَلَى الْخِلَافِ فِي مِلْكِ الْعَبْدِ وَعَدَمِهِ مِنْهُمْ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ وَقَاسَهُ عَلَى اللَّقْطَةِ

وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامَ ابْنِ عَقِيلٍ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَصَّى لِلْعَبْدِ أَوْ وَهَبَ لَهُ وَقَبْلَهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ أَوْ بِدُونِهِ إِذَا أَجَزْنَا لَهُ فِي ذَلِكَ عَلَى الْمَنْصُوصِ فَالْمَالُ لِلْسَيِّدِ نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ وَذَكَرَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ وَبَنَاهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ عَلَى الْخِلَافِ فِي مِلْكِ الْعَبْدِ.

وَمِنْهَا: لَوْ خَلَعَ الْعَبْدُ زَوْجَتَهُ بِعَوَضٍ فَهُوَ لِلْسَيِّدِ ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ وَظَاهِرٌ كَلَامَ ابْنِ عَقِيلٍ بِنَاوُهُ عَلَى الْخِلَافِ فِي مِلْكِ الْعَبْدِ وَيُعْضَدُ أَنْ الْعَبْدَ هُنَا يَمْلِكُ الْبُضْعَ فَمِلْكُ عَوَضِهِ بِالْخُلْعِ؛ لِأَنَّ مَنْ يَمْلِكُ شَيْئًا مِلْكًا عَوَضَهُ فَأَمَّا مَهْرُ الْأَمَةِ فَهُوَ لِلْسَيِّدِ لِأَنَّهُ عَوَضٌ عَنْ مِلْكِ السَيِّدِ وَهُوَ مَنَفَعَةُ الْبُضْعِ فَيَكُونُ تَمْلِكُهُ لَهُ كَأَجْرَةِ الْعَبْدِ لَهُ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ فَإِنَّهُ لَيْسَ عَوَضًا عَنْ مِلْكِهِ.

الثَّامِنَةُ: الْمُضَارِبُ هَلْ يَمْلِكُ الرِّيحَ بِالظُّهُورِ أَمْ لَا؟ ذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّهُ يَمْلِكُ بِالظُّهُورِ رِوَايَةً وَاحِدَةً وَقَالَ الْأَكْثَرُونَ فِي الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ:
إِحْدَاهُمَا: يَمْلِكُهُ بِالظُّهُورِ وَهِيَ الْمَذْهَبُ الْمَشْهُورُ.

وَالرُّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ: لَا يَمْلِكُ بِدُونِ الْقِسْمَةِ، وَنَصَرَهَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي الْمُضَارِبَةِ وَيَسْتَقِرُّ الْمِلْكُ فِيهَا بِالْمُقَاسَمَةِ عِنْدَ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ وَلَا يَسْتَقِرُّ بِدُونِهَا وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: يَسْتَقِرُّ بِالْمُحَاسَبَةِ التَّامَّةِ كَأَبْنِ أَبِي مُوسَى وَغَيْرِهِ وَبِذَلِكَ جَزَمَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ وَهُوَ الْمَنْصُوصُ صَرِيحًا عَنْ أَحْمَدَ.

وَلِهَذَا الْاِخْتِلَافُ فَوَائِدُ:

مِنْهَا: انْعِقَادُ الْحَوْلِ عَلَى حِصَّةِ الْمُضَارِبِ مِنَ الرِّيحِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَإِنْ قِيلَ: لَا يَمْلِكُ بِدُونِهَا فَلَا انْعِقَادَ قَبْلَهَا وَإِنْ قِيلَ يَمْلِكُ بِمَجَرَّدِ الظُّهُورِ فَهَلْ يَنْعَقِدُ الْحَوْلُ عَلَيْهَا قَبْلَ اسْتِقْرَارِ الْمِلْكِ فِيهَا أَمْ لَا يَنْعَقِدُ بِدُونِ الْاسْتِقْرَارِ؟ فَبِهِ لِلْأَصْحَابِ طُرُقٌ:

أَحَدُهَا: لَا يَنْعَقِدُ الْحَوْلُ عَلَيْهَا بِدُونِ اسْتِقْرَارِ بِحَالٍ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْمَجَرَّدِ وَالْخِلَافِ وَمَنْ اتَّبَعَهُ وَكَذَلِكَ طَرِيقَةُ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى إِلَّا أَنَّ الْقَاضِي عِنْدَهُ الْاسْتِقْرَارُ بِالْقِسْمَةِ وَعِنْدَهُمَا بِالْمُحَاسَبَةِ التَّامَّةِ فَيَنْعَقِدُ الْحَوْلُ عِنْدَهُمَا بِالْمُحَاسَبَةِ وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ وَابْنِ مَنصُورٍ وَحَنْبَلٍ.

وَالطَّرِيقَةُ الثَّانِيَّةُ: إِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ بِالظُّهُورِ انْعَقَدَ الْحَوْلُ عَلَيْهِ مِنْ حِينِهِ وَإِلَّا فَلَا. وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي مِنْ مَوْضِعٍ مِنَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَأَبِي الْخَطَّابِ.

وَالطَّرِيقَةُ الثَّالِثَةُ: إِنْ قُلْنَا: لَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ قَبْلَ الْاسْتِقْرَارِ لَمْ يَنْعَقِدِ الْحَوْلُ وَإِنْ قُلْنَا: يَثْبُتُ

بِدُونِهِ فَهَلْ يَنْعَقِدُ قَبْلَهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ عَقِيلٍ وَصَاحِبِي الْمُغْنِيِّ وَالْمُحَرَّرِ لَكِنَّهُمَا رَجَحَا عَدَمَ الْإِنْعِقَادِ وَابْنُ عَقِيلٍ صَحَّحَ الْإِنْعِقَادَ فِي بَابِ الْمُضَارَبَةِ وَأَمَّا رَبُّ الْمَالِ فَعَلَيْهِ زَكَاةُ رَأْسِ مَالِهِ مَعَ حَصَّتِهِ مِنَ الرَّيْحِ وَيَنْعَقِدُ الْحَوْلُ عَلَيْهَا بِالظُّهُورِ وَأَمَّا بَقِيَّةُ الرَّيْحِ فَلَا يَلْزَمُهُ زَكَاتُهُ، سِوَاءَ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ الْعَامِلُ بِالظُّهُورِ أَوْ لَا فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ لِأَنَّهُ إِنْ سَلِمَ فَهُوَ لِلْعَامِلِ، وَإِنْ تَلَفَ تَلَفَ عَلَيْهِمَا وَحَكَى أَبُو الْخَطَّابِ عَنِ الْقَاضِي أَنَّهُ يَلْزَمُهُ زَكَاتُهُ إِذَا قُلْنَا: لَا يَمْلِكُهُ الْعَامِلُ بِدُونِ الْقِسْمَةِ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي مَسْأَلَةِ الْمُزَارَعَةِ وَهُوَ ضَعِيفٌ.

وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى الْعَامِلُ بَعْدَ ظُهُورِ الرَّيْحِ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ بِالْمِلْكِ فَقَبِيهِ طَرِيقَانِ: أَحَدُهُمَا: الْبِنَاءُ عَلَى الْمِلْكِ بِالظُّهُورِ وَعَدَمِهِ فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ بِهِ عَتَقَ عَلَيْهِ وَإِلَّا فَلَا وَكَذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: وَابْنُهُ أَبُو الْحُسَيْنِ وَأَبُو الْفَتْحِ الْحُلَوَانِيُّ.

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي: إِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ بِالظُّهُورِ لَمْ يَعْتَقُ وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ بِهِ فَوَجْهَانِ، كَذَا قَالَ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ صَاحِبُ التَّلْخِيسِ:

أَحَدُهُمَا: يَعْتَقُ عَلَيْهِ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَأَبِي الْخَطَّابِ وَأَوَّامًا إِلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ.

وَالثَّانِي: لَا يَعْتَقُ لِعَدَمِ اسْتِقْرَارِ الْمِلْكِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ فَإِنَّ الْمِلْكَ فِيهِ غَيْرُ تَامٍّ وَلِهَذَا لَا يُجْزَى فِي حَوْلِ الزَّكَاةِ كَمَا سَبَقَ، وَالْعَتَقُ يَسْتَدْعِي مِلْكًا بِدَلِيلٍ أَنَّ الْمُكَاتَبَ لَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ ذُو رَحِمِهِ بِمِلْكِهِ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ فَإِنَّ الْعَتَقَ يَسْرِي إِلَى مِلْكِ الْأَجْنَبِيِّ الْمَحْضِ وَلَا يَمْنَعُهُ الدِّينُ بِخِلَافِ الزَّكَاةِ وَالْمُكَاتَبُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ وَلِهَذَا لَوْ بَاشَرَ الْعَتَقُ بِنَفْسِهِ لَمْ يَنْقُذْ فَكَذَا بِالْمِلْكِ وَأَوَّلَى، وَعَلَى هَذَا إِذَا اشْتَرَى رَحِمَهُ بَعْدَ ظُهُورِ الرَّيْحِ عَتَقَ عَلَيْهِ مِنْهُ بِقَدَرِ حَصَّتِهِ ثُمَّ إِنْ كَانَ مُوسِرًا سَرَى عَلَيْهِ لِأَنَّ الْعَتَقَ بِالشَّرَاءِ وَهُوَ مَا فَعَلَهُ بِاخْتِيَارِهِ وَلَوْ اشْتَرَى قَبْلَ ظُهُورِ الرَّيْحِ ثُمَّ ظَهَرَ الرَّيْحُ بِارْتِفَاعِ الْأَسْوَاقِ وَقُلْنَا: يَمْلِكُ بِهِ عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيبُهُ وَلَمْ يَسْرِ إِذْ لَا اخْتِيَارَ لَهُ فِي ارْتِفَاعِ الْأَسْوَاقِ وَذَكَرَهُ فِي التَّلْخِيسِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَطِئَ الْعَامِلُ أَمَةً مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ بَعْدَ ظُهُورِ الرَّيْحِ فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ بِالظُّهُورِ فَالْوَلَدُ حُرٌّ وَعَلَيْهِ قِيمَةُ الْأَمَةِ وَتَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ظَهَرَ رَيْحٌ لَمْ يَثْبُتْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ وَهَلْ عَلَيْهِ الْجُلْدُ إِنْ لَمْ يَكُنْ ظَهَرَ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا حَدَّ عَلَيْهِ وَيَعَزَّرُ وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ وَاخْتَارَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ

لَأَنَّ الرِّيحَ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّقْوِيمِ وَهُوَ أَمْرٌ اجْتِهَادِيٌّ لَا يَقْطَعُ بِهِ.
وَالثَّانِي: عَلَيْهِ الْحَدُّ قَالَهُ الْقَاضِي لِانْتِفَاءِ الْمِلْكِ وَشَبْهَتِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى الْعَامِلُ لِنَفْسِهِ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ رِيحٌ صَحَّ. نَصَّ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ
مِلْكٌ لِغَيْرِهِ وَكَذَلِكَ إِنْ ظَهَرَ رِيحٌ وَقُلْنَا: لَا يَمْلِكُهُ بِالظُّهْرِ وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ بِهِ فَهُوَ كَشْرَاءِ
أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ مِنْ مَالِ الشَّرَكَةِ وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَبْطُلُ فِي قَدَرِ حَقِّهِ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ فَلَا يَصِحُّ شِرَاؤُهُ
لَهُ وَفِي الْبَاقِي رَوَاتَانِ: تَفْرِيقُ الصِّقَّةِ وَخَرَجَ أَبُو الْخَطَّابِ رَوَايَةً بِصِحَّتِهِ فِي الْكُلِّ مِنَ الرِّوَايَةِ
الَّتِي يُخَيَّرُ فِيهَا لِرَبِّ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ لِنَفْسِهِ لِأَنَّ عِلَاقَةَ حَقِّ الْمُضَارَبِ بِهِ
صِيرَتُهُ كَالْمُتَفَرِّدِ عَنْ مِلْكِهِ فَكَذَا الْمُضَارَبُ مَعَ رَبِّ الْمَالِ وَأَوَّلَى.

وَمِنْهَا: لَوْ اشْتَرَى الْعَامِلُ شِقْصًا لِلْمُضَارَبَةِ وَلَهُ فِيهِ شَرَكَةٌ فَهَلْ لَهُ الْأَخْذُ بِالشُّعْعَةِ فِيهِ
طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: مَا قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ وَمَنْ تَابَعَهُ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَمْلِكُ الْأَخْذَ وَاخْتَارَهُ فِي رُءُوسِ الْمَسَائِلِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ لِرَبِّ الْمَالِ فَاِئْتِنَعَ
أَخْذُهُ كَمَا يَمْنَعُ شِرَاءُ الْوَصِيِّ وَالْوَكِيلُ فِيمَا يَتَوَلَّيَانِ بَيْعَهُ. وَالثَّانِي: لَهُ الْأَخْذُ وَخَرَجَهُ مِنْ
وُجُوبِ الزَّكَاةِ عَلَيْهِ فِي حِصَّتِهِ فَإِنَّهُ يَصِيرُ حَيْثُ شَرِيكًا يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ وَشَرِيكًا وَمَعَ تَصَرُّفِهِ
لِنَفْسِهِ تَزُولُ التُّهْمَةُ وَلَأَنَّهُ يَأْخُذُ مِثْلَ الثَّمَنِ الْمَأْخُودِ بِهِ فَلَا تُهْمَةٌ بِخِلَافِ شِرَاءِ الْوَصِيِّ
وَالْوَكِيلِ وَعَلَى هَذَا فَالْمَسْأَلَةُ مُقْبَدَةٌ بِحَالَةِ ظُهُورِ الرِّيحِ وَلَا بَدْءَ.

وَالطَّرِيقَةُ الثَّانِيَةُ: مَا قَالَ صَاحِبُ الْمُعْنَى: إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْمَالِ رِيحٌ أَوْ كَانَ، وَقُلْنَا: لَا
يَمْلِكُهُ بِالظُّهْرِ فَلَهُ الْأَخْذُ لِأَنَّ الْمِلْكَ لِغَيْرِهِ فَكَذَلِكَ الْأَخْذُ وَإِنْ كَانَ فِيهِ رِيحٌ وَقُلْنَا: يَمْلِكُهُ
بِالظُّهْرِ فَفِيهِ الْوَجْهَانِ بِنَاءً عَلَى شِرَاءِ الْعَامِلِ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ بَعْدَ مِلْكِهِ مِنَ الرِّيحِ عَلَى مَا
سَبَقَ.

وَمِنْهَا: لَوْ اسْقَطَ الْعَامِلُ حَقَّهُ مِنَ الرِّيحِ بَعْدَ ظُهُورِهِ فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ بِالظُّهْرِ لَمْ يَسْقُطْ
وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُهُ بِدُونِ الْقِسْمَةِ فَوَجْهَانِ وَقَدْ سَبَقَتْ فِي الْقَوَاعِدِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَارَضَ الْمَرِيضُ وَسَمَّى لِلْعَامِلِ فَوْقَ تَسْمِيَةِ الْمِثْلِ قَالَ الْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ:
يَجُوزُ وَلَا يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلْثِ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُؤْخَذُ مِنْ مَالِهِ وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّهُ بِعَمَلِهِ مِنَ الرِّيحِ
الْحَادِثِ وَيَحْدُثُ عَلَى مِلْكِ الْعَامِلِ دُونَ الْمَالِكِ وَهَذَا إِنَّمَا يَتَوَجَّهُ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ يَمْلِكُهُ
بِالظُّهْرِ وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُهُ بِدُونِ الْقِسْمَةِ أُحْتَمِلَ أَنْ يُحْسَبَ مِنَ الثُّلْثِ لِأَنَّهُ خَارِجٌ حَيْثُ دُونَ

مِلْكِهِ وَاحْتِمِلَ أَنْ لَا يُحْسَبَ مِنْهُ وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِهِمْ لِأَنَّ الْمَالَ الْحَاصِلَ لَمْ يَمُوتَ عَلَيْهِمْ مِنْهُ شَيْئًا وَلَكِنَّمَا زَادَهُمْ فِيهِ رِبْحًا.

التَّاسِعَةُ: الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ هَلْ يَمْلِكُ رَقَبَةَ الْمَوْقُوفِ أَمْ لَا؟ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ مَعْرُوفَتَانِ أَشْهُرُهُمَا أَنَّهُ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ. وَالثَّانِيَةُ: لَا، فَعَلَى هَذِهِ هَلْ هُوَ مِلْكٌ لِلْوَاقِفِ أَوْ لِلَّهِ تَعَالَى فِيهِ خِلَافٌ أَيْضًا.

وَيَنْتَزِلُ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: زَكَاةُ الْوَقْفِ إِذَا كَانَ مَاشِيَةً مَوْقُوفَةً عَلَى مُعَيَّنٍ فَهَلْ يَجِبُ زَكَاةُهَا فِيهِ طَرِيقَانِ: أَحَدُهُمَا: بِنَاؤُهُ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ فَعَلَيْهِ زَكَاةُهَا وَإِنْ قُلْنَا: مِلْكٌ لِلَّهِ فَلَا زَكَاةَ وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْمُحَرَّرِ وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةٍ مُهَنَّا وَعَلِيٌّ بْنُ سَعِيدٍ وَعَلَى هَذَا فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ الْوَاقِفُ فَعَلَيْهِ زَكَاةُهَا وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّ مَنْ وَقَفَ عَلَى أَقَارِبِهِ فَإِنَّ الزَّكَاةَ عَلَيْهِ بِخِلَافِ مَنْ وَقَفَ عَلَى الْمَسَاكِينِ.

وَالطَّرِيقَةُ الثَّانِيَةُ: لَا زَكَاةَ فِيهِ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ قَالَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ لِقُصُورِ الْمِلْكِ فِيهِ فَأَمَّا الشَّجَرُ الْمَوْقُوفُ فَتَجِبُ الزَّكَاةُ فِي ثَمَرِهِ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ وَجَهًا وَاحِدًا لِأَنَّ ثَمَرَهُ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، وَقَالَ الشَّيرَازِيُّ: لَا زَكَاةَ فِيهِ مُطْلَقًا وَنَقَلَهُ غَيْرُهُ رَوَايَةً.

وَمِنْهَا: لَوْ جَنَى الْوَقْفُ فَارْشُ جَنَاتِهِ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ إِذَا قِيلَ: إِنَّهُ مَالِكُهُ لَأَنَّهُ امْتَنَعَ مِنْ تَسْلِيمِهِ فَيَلْزَمُهُ فِدَاؤُهُ وَإِنْ قِيلَ: هُوَ مِلْكٌ لِلَّهِ فَالْأَرْضُ مِنْ كَسْبِ الْعَبْدِ وَقِيلَ: بَلْ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ وَفِيهِ وَجْهٌ لَا يَلْزِمُ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ الْأَرْضُ عَلَى قَوْلَيْنِ لِأَنَّ امْتِنَاعَهُ مِنَ التَّسْلِيمِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ إِذْ لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَيْهِ عَلَى التَّسْلِيمِ بِحَالٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا كَانَ الْوَقْفُ أَمَةً فَوَلَايَةُ تَزْوِجِهَا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ إِنْ قِيلَ: إِنَّهُ يَمْلِكُهَا وَإِنْ قِيلَ: هِيَ مِلْكٌ لِلَّهِ فَالْوَلَايَةُ لِلْحَاكِمِ فَيَزَوِّجُهَا بِإِذْنِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، وَإِنْ قِيلَ: هِيَ مِلْكُ الْوَاقِفِ فَهُوَ أَوْلَى.

وَمِنْهَا: نَظَرُ الْوَاقِفِ إِذَا لَمْ يُشْتَرَطْ لَهُ نَازِرٌ فَعَلَى الْقَوْلِ بِمِلْكِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ لَهُ النَّظَرُ فِيهِ وَعَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ مِلْكٌ لِلَّهِ نَظَرُهُ لِلْحَاكِمِ، وَظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّ نَظَرَهُ لِلْحَاكِمِ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي مُوسَى قَالَ الْحَارِثِيُّ وَعِنْدِي أَنَّ هَذَا الْقَوْلَ لَا يَخْتَصُّ بِالْقَوْلِ بِإِنْتِفَاءِ مِلْكِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ بَلْ يَنْظَرُ فِيهِ الْحَاكِمُ، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ لِعِلَاقَةِ حَقٍّ مِنْ يَأْتِي بَعْدُ.

وَمِنْهَا: هَلْ يَسْتَحِقُّ الشُّعْعَةَ وَبِشْرَكَةِ الْوَقْفِ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْبِنَاءُ عَلَى أَنَّهُ هَلْ يَمْلِكُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ؟ فَإِنْ قِيلَ: يَمْلِكُهُ اسْتَحَقَّ بِهِ الشُّعْعَةُ وَلَا فَلَا. وَالثَّانِي: الْوَجْهَانِ بِنَاءٌ عَلَى قَوْلِنَا يَمْلِكُهُ وَهَذَا مَا قَالَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ لِأَنَّ الْمَلِكَ قَاصِرٌ وَهَذَا كُلُّهُ مُتَفَرِّعٌ عَلَى الْمَذْهَبِ فِي جَوَازِ قِسْمَةِ الْوَقْفِ مِنَ الْمُعْلَقِ أَمَّا عَلَى الْوَجْهِ الْآخِرِ بِمَنْعِ الْقِسْمَةِ فَلَا شُعْعَةَ إِذْ لَا شُعْعَةَ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ إِلَّا فِيمَا يَقْبَلُ الْقِسْمَةَ مِنَ الْعَقَارِ وَكَذَلِكَ بَنَى صَاحِبُ التَّلْخِصِ الْوَجْهَيْنِ هُنَا عَلَى الْخِلَافِ فِي قَبُولِ الْقِسْمَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ زَرَعَ الْغَاصِبُ فِي أَرْضِ الْوَقْفِ فَهَلْ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ تَمْلِكُهُ بِالنَّفَقَةِ؟ إِنْ قِيلَ: هُوَ الْمَالِكُ، فَلَهُ ذَلِكَ، وَإِلَّا فَهُوَ كَالْمُسْتَأْجِرِ وَمَالِكِ الْمَنْفَعَةِ فِيهِ تَرَدُّدٌ سَبَقَ ذِكْرُهُ فِي الْقَوَاعِدِ.

وَمِنْهَا: نَفَقَةُ الْوَقْفِ، وَهِيَ فِي غَلَّتِهِ مَا لَمْ يَشْرُطْ مِنْ غَيْرِهَا فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَلَّةٌ فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: نَفَقَتُهُ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ. وَالثَّانِي: هِيَ فِي بَيْتِ الْمَالِ قَلِيلٌ: هُمَا مَيِّنَانِ عَلَى اثْتِقَالِ الْمَلِكِ وَعَدَمِهِ وَقَدْ يُقَالُ بِالْوُجُوبِ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ الْمَلِكُ لِعَیْرِهِ كَمَا نَقُولُ بِوُجُوبِهَا عَلَى الْمُوصَى لَهُ بِالْمَنْفَعَةِ عَلَى وَجْهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ فَضَّلَ بَعْضٌ وَلَدَهُ عَلَى بَعْضٍ فِي الْوَقْفِ فَالْمَنْصُوصُ الْجَوَازُ بِخِلَافِ الْهَبَةِ قَلِيلٌ: هُوَ بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ لَا يَتَقَلُّ إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَجْزُ كَالْهَبَةِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ وَغَيْرِهِ، وَقِيلَ بَلْ يَجُوزُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْصُصْ بِالْمَلِكِ بَلْ جَعَلَهُ مِلْكًا لِجِهَةٍ مُتَّصِلَةٍ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ وَجَعَلَ الْوَلَدَ بَعْضَ تِلْكَ الْجِهَةِ، وَشِئَهُ بِهَذَا وَقَفُ الْمَرِيضِ عَلَى وَارِثِهِ هَلْ يَقِفُ عَلَى الْإِجَازَةِ كَهَبَةٍ أَمْ يَنْقُذُ مِنَ التَّلْثِ لِأَنَّهُ لَيْسَ تَخْصِيصًا لِلْوَارِثِ بَلْ تَمْلِكُ لِجِهَةٍ مُتَّصِلَةٍ فَالْوَارِثُ بَعْضُ أَفْرَادِهِ؟ وَفِيهِ رَوَايَتَانِ.

وَمِنْهَا: الْوَقْفُ عَلَى نَفْسِهِ وَفِي صِحَّتِهِ رَوَايَتَانِ وَبِنَاهُمَا أَبُو الْخَطَّابِ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ فَإِنْ قُلْنَا: الْوَقْفُ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ لَمْ يَصِحَّ وَقَفُّهُ عَلَى نَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يُزِيلَ الْإِنْسَانُ مِلْكَ نَفْسِهِ إِلَى نَفْسِهِ وَإِنْ قُلْنَا: لِلَّهِ تَعَالَى صَحَّ.

وَمِنْهَا: الْوَقْفُ الْمُتَقَطِّعُ هَلْ يَعُودُ إِلَى وَرَثَةِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ أَوْ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةٍ حَرَبٍ وَغَيْرِهِ أَنَّهُ يَعُودُ إِلَى وَرَثَةِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُ يَعُودُ إِلَيْهِمْ إِرْثًا لَا وَقْفًا وَبِهِ جَزَمَ الْخَلَّالُ فِي الْجَامِعِ وَأَبْنُ أَبِي مُوسَى وَهَذَا مُنْزَلٌ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ وَيَشْهَدُ لَهُ أَنَّ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ حَنْبَلٍ شَبَّهَ الْوَقْفَ بِالْعُمَرَى وَالرُّقْبَى وَجَعَلَهَا لَوَرَثَةِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ كَمَا تَرَجَّعَ الْعُمَرَى وَالرُّقْبَى إِلَى وَرَثَةِ الْمُعْطِي. وَجَعَلَ الْخَلَّالُ حُكْمَ الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ وَالرُّقْبَى وَاحِدًا

وَأَكْرَمَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ هَذَا الْبِنَاءَ وَادَّعَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَرْجِعُ وَفَقًا عَلَى الْوَرْتَةِ فَلَا يَلْزَمُ مِلْكُ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ وَهَذَا مُخَالَفٌ لِنَصِّ أَحْمَدَ لِمَنْ تَأَمَّلَهُ. نَعَمْ، وَفَرَّقَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ بَيْنَ الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ وَبَيْنَ الْعُمَرَى بِأَنَّ الْعُمَرَى مِلْكٌ لِلْمَعْمَرِ وَالْوَقْفُ لَيْسَ يَمْلِكُ بِهِ شَيْئًا إِنَّمَا هُوَ لِمَنْ أَوْقَفَهُ يَضَعُهُ حَيْثُ شَاءَ مِثْلُ السَّكْنَى فَهَذِهِ الرِّوَايَةُ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ لَا يَمْلِكُ سِوَى [مَنْفَعَةِ] الرِّقَبَةِ وَأَنَّ الرِّقَبَةَ مِلْكٌ لِلْوَأَقِفِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَطِئَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْأَمَةَ الْمَوْقُوفَةُ فَأَوْلَدَهَا فَلَا حَدَّ لَأَنَّهُا إِمَّا مِلْكٌ لَهُ أَوْ لَهُ فِيهَا شُبْهَةٌ مِلْكٌ وَهَلْ تَصِيرُ أَمْ وَلَدٍ لَهُ؟ إِنْ قُلْنَا: هِيَ مِلْكٌ لَهُ صَارَتْ مُسْتَوْلَدَةً لَهُ فَتَعْتَقُ بِمَوْتِهِ وَيُؤْخَذُ قِيمَتُهَا مِنْ تَرْكِتِهِ يَشْتَرِي بِهَا رَقَبَةً مَكَانَهَا تَكُونُ وَفَقًا وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُهَا لَا تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً لَهُ وَهِيَ وَقْفٌ بِحَالِهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ تَزَوَّجَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْأَمَةَ الْمَوْقُوفَةَ فَإِنْ قِيلَ: هِيَ مِلْكٌ لَهُ لَمْ يَصِحَّ وَلَا صَحَّ، ذَكَرَهُ صَاحِبُ التَّلْخِيسِ وَغَيْرُهُ، وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُ مَنْفَعَةَ الْبُضْعِ عَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ وَلِهَذَا يَكُونُ الْمَهْرُ لَهُ.

الْعَاشِرَةُ: إِجَازَةُ الْوَرْتَةِ هَلْ هِيَ تَنْفِذٌ لِلْوَصِيَّةِ أَوْ ابْتِدَاءٌ عَطِيَّةٍ؟ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ مَعْرُوفَتَانِ أَشْهُرُهُمَا أَنَّهَا تَنْفِذٌ، وَهَذَا الْخِلَافُ قِيلَ إِنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالزَّائِدِ عَلَى الثَّلَثِ هَلْ هُوَ بَاطِلٌ أَوْ مَوْقُوفٌ عَلَى الْإِجَازَةِ؟ وَقِيلَ: بَلْ هَذَا الْخِلَافُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْقَوْلِ بِالْوَقْفِ أَمَّا عَلَى الْبُطْلَانِ فَلَا وَجْهَ لِلتَّنْفِذِ، وَهُوَ أَشْبَهُ قَرَّرَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّ الْوَارِثَ إِذَا اسْتَشْنَى حَقَّهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ وَطَرَدَ هَذَا فِي الْأَعْيَانِ الْمُشَاعَةِ كَالْغَانِمِ إِذَا اسْتَشْنَى حَقَّهُ مِنَ الْغَنِيمَةِ وَالْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ إِذَا اسْقَطَ حَقَّهُ مِنَ الْوَقْفِ وَالْمُضَارِبِ إِذَا اسْقَطَ حَقَّهُ مِنَ الرَّبْحِ وَآحَدِ الزَّوْجَيْنِ إِذَا عَقَا عَنْ حَقِّهِ مِنَ الْمَهْرِ إِذَا كَانَ عَيْنًا وَالْحَقَّ الْمُشَاعَ بِالذُّبُونِ فِي جَوَازِ اسْقَاطِهِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ.

ولهذا الخلاف فوائد عديدة:

مِنْهَا: أَنَّهُ لَا يَشْتَرُطُ لَهَا شُرُوطُ الْهَبَةِ مِنَ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ فَيَصِحُّ بِقَوْلِهِ أَجَزْتُ وَأَنْفَذْتُ وَنَحْوَ ذَلِكَ وَإِنْ لَمْ يَقْبَلِ الْمُوصَى لَهُ فِي الْمَجْلِسِ. وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ هِبَةٌ فَتَقَرَّتْ إِلَى إِيجَابِ وَقَبُولِ ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ وَكَلَامُ الْقَاضِي يَقْتَضِي أَنَّ فِي صِحَّتِهَا بَلْفُظِ الْإِجَازَةِ إِذَا قُلْنَا: هِيَ هِبَةٌ وَجْهَيْنِ، قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: وَالصَّحَّةُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ وَهَلْ نَعْتَبِرُ أَنْ يَكُونَ الْمُجَازُ مَعْلُومًا لِلْمُجِيزِ فَبِالْخِلَافِ لِلْقَاضِي وَالْمُحَرَّرِ هُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ وَصَرَّحَ

بَعْدَ ذَلِكَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ بِأَنَّهُ لَوْ أَجَازَ قَدْرًا مَنَسُوبًا مِنَ الْمَالِ ثُمَّ قَالَ: ظَنَنْتُ الْمَالَ قَلِيلًا لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ وَلَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا لَوْجَهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ صِحَّةَ إِجَازَةِ الْمَجْهُولِ لَا يُتَافَى ثُبُوتَ الرَّجُوعِ إِذَا تَبَيَّنَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْمُجِيزِ لَمْ يَعْلَمْهُ اسْتِدْرَاكًا لِظِلَامَتِهِ، كَمَا تَقُولُ فِيمَنْ أَسْقَطَ شَفْعَتَهُ وَالاسْتِكَسَابِ ثُمَّ بَانَ بِخِلَافِهِ، فَإِنَّ لَهُ الْعُودَ إِلَيْهَا فَكَذَلِكَ هَاهُنَا إِذَا أَجَازَ الْجُزْءَ الْمُوصَى بِهِ يَظُنُّهُ قَلِيلًا فَبَانَ كَثِيرًا فَلَهُ الرَّجُوعُ بِمَا زَادَ عَلَى مَا فِي ظَنِّهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ إِذَا اعْتَقَدَ أَنَّ النِّصْفَ الْمُوصَى بِهِ مِثْلًا مِائَةً وَخَمْسُونَ دِرْهَمًا فَبَانَ أَلْفًا فَهُوَ إِذَا أَجَازَ مِائَةً وَخَمْسِينَ دِرْهَمًا وَلَمْ يُجِزْ أَكْثَرَ مِنْهَا فَلَا تَنْفِذُ إِجَازَتُهُ فِي غَيْرِهَا وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَجَازَ النِّصْفَ كَاتِبًا مَا كَانَ فَإِنَّهُ يَصِحُّ وَيَكُونُ إِسْقَاطًا لِحَقِّهِ مِنْ مَجْهُولٍ فَيَنْفِذُ كَالْإِبْرَاءِ وَطَرِيقَةُ صَاحِبِ الْمُغْنِيِّ أَنَّ الْإِجَازَةَ لَا تَصِحُّ بِالْمَجْهُولِ وَلَكِنْ هَلْ يُصَدَّقُ فِي دَعْوَى الْجَهَالَةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: إِنْ قُلْنَا: الْإِجَازَةُ تَنْفِذُ صَحَّتْ بِالْمَجْهُولِ وَلَا رُجُوعَ، وَإِنْ قُلْنَا: هِبَةٌ فَوْجَهَانِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَقَفَ عَلَى وَارِثِهِ فَأَجَازَهُ فَإِنْ قُلْنَا: الْإِجَازَةُ تَنْفِذُ صَحَّتْ بِالْمَجْهُولِ وَلَا رُجُوعَ وَإِنْ قُلْنَا: هِبَةٌ فَوْجَهَانِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَقَفَ عَلَى وَارِثِهِ فَأَجَازَهُ فَإِنْ قُلْنَا: الْإِجَازَةُ تَنْفِذُ صَحَّ الْوَقْفُ وَلَزِمَ وَإِنْ قُلْنَا: هِبَةٌ فَهُوَ كَرَقَفَ الْإِنْسَانَ عَلَى نَفْسِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا كَانَ الْمُجَازُ عِتْقًا فَإِنْ قُلْنَا: الْإِجَازَةُ تَنْفِذُ فَالْوِلَايَةُ لِلْمُوصِي تَخْتَصُّ بِهِ عَصَبَتُهُ وَإِنْ قُلْنَا: عَطِيَّةٌ فَالْوِلَايَةُ لِمَنْ أَجَازَ وَإِنْ كَانَ أَنْتَى.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ الْمُجِيزُ أَبًا لِلْمُجَازِ لَهُ كَمَنْ أَوْصَى لَوْلَدٍ وَلَدَهُ فَأَجَازَهُ وَلَدُهُ فَلَيْسَ لِلْمُجِيزِ الرَّجُوعُ فِيهِ إِنْ قُلْنَا: هُوَ تَنْفِذُ وَإِنْ قُلْنَا: عَطِيَّةٌ فَلَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ قَدْ وَهَبَ لَوْلَدِهِ مَا لَا.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَهَبُ فَأَجَازَ فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ عَطِيَّةٌ حَيْثُ وَإِلَّا فَلَا.

وَمِنْهَا: لَوْ قَبِلَ الْوَصِيَّةَ الْمُقْتَرَّةَ إِلَى الْإِجَازَةِ قَبْلَ الْإِجَازَةِ ثُمَّ أُجِيزَتْ فَإِنْ قُلْنَا: الْإِجَازَةُ تَنْفِذُ فَالْمِلْكُ ثَابِتٌ لَهُ مِنْ حِينِ قَبُولِهِ أَوَّلًا، وَإِنْ قُلْنَا: عَطِيَّةٌ، لَمْ يَثْبُتِ الْمِلْكُ إِلَّا بَعْدَ الْإِجَازَةِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ مَا جَاوَزَ الثَّلَاثَ مِنَ الْوَصَايَا إِذَا أُجِيزَ هَلْ يُزَاحَمُ بِالزَّائِدِ مَا لَمْ يُجَاوِزْهُ؟ وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ وَأَشْكَلُ تَوْجِيهِهُ عَلَى الْأَصْحَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ

فَإِنَّهُ إِذَا كَانَتْ مَعَنَا وَصِيَّتَانِ أَحَدَاهُمَا مُجَاوِزَةً لِلثُلُثِ وَالْأُخْرَى لَا تُجَاوِزُهُ كِنَصْفٍ وَثُلُثٍ وَأَجَازَ الْوَرِثَةَ الْوَصِيَّةَ الْمُجَاوِزَةَ لِلثُلُثِ خَاصَّةً، فَإِنْ قُلْنَا: الْإِجَازَةُ تَنْفِيذُ يَزَاحِمُ صَاحِبَ النِّصْفِ صَاحِبَ الثُّلُثِ يَنْصَفُ كَامِلٍ فَيَقْسَمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى خَمْسَةٍ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ ثَلَاثَةً أَخْمَاسِهِ وَالْآخِرَ خُمُسَهُ ثُمَّ تُكْمَلُ لِصَاحِبِ النِّصْفِ نِصْفُهُ بِالْإِجَازَةِ وَإِنْ قُلْنَا: الْإِجَازَةُ عَطِيَّةٌ فَلِنَمَّا يَزَاحِمُ بِثُلُثٍ خَاصٌّ إِذْ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ عَطِيَّةٌ مَحْضَةٌ مِنَ الْوَرِثَةِ لَمْ تَتَلَقَّ مِنَ الْمَيِّتِ فَلَا يَزَاحِمُ بِهَا الْوَصَايَا فَيَنْقَسِمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى نِصْفَيْنِ ثُمَّ يُكْمَلُ لِصَاحِبِ النِّصْفِ ثُلُثُهُ بِالْإِجَازَةِ. وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْقَوْلَ: بِأَنَّ الْإِجَازَةَ عَطِيَّةٌ أَوْ تَنْفِيذٌ فَيَفْرَعُ عَلَى الْقَوْلِ بِإِبْطَالِ الْوَصِيَّةِ بِالزَّائِدِ عَلَى الثُّلُثِ وَصَحَّتْهَا كَمَا سَبَقَ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَجَازَ الْمَرِيضُ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ وَصِيَّةً مَوْرُوثَةً فَإِنْ قُلْنَا: إِجَازَتُهُ عَطِيَّةٌ فَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ مِنْ ثُلُثِهِ وَإِنْ قُلْنَا: تَنْفِيذٌ فَطَرِيقَانِ: أَحَدُهُمَا: الْقَطْعُ بِأَنَّهَا مِنَ الثُّلُثِ أَيْضًا كَذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ وَشَبَّهَهُ بِالصَّحِيحِ: إِذَا حَبَا فِي بَيْعٍ لَهُ فِيهِ خِيَارٌ ثُمَّ مَرَضَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ فَإِنَّهُ تَصِيرُ مُحَابَاتُهُ مِنَ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّهُ تَمَكَّنَ مِنْ اسْتِرْدَادِ مَالِهِ إِلَيْهِ فَلَمْ يَفْعَلْ فَقَامَ ذَلِكَ مَقَامَ ابْتِدَاءٍ إِخْرَاجِهِ فِي الْمَرَضِ، وَنَظِيرُهُ لَوْ وَهَبَ لَوَلَدِهِ شَيْئًا ثُمَّ مَرَضَ وَهُوَ بِحَالِهِ وَلَمْ يَرْجِعْ فِيهِ وَالطَّرِيقُ الثَّانِي أَنَّ الْمَسْأَلَةَ عَلَى وَجْهَيْنِ. وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ وَهُمَا مُتَزَلَّانِ عَلَى أَصْلِ الْخِلَافِ فِي حُكْمِ الْإِجَازَةِ وَقَدْ يَتَزَلَّلَانِ عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ هَلْ يَتَقَبَّلُ إِلَى الْوَرِثَةِ فِي الْمَوْصَى بِهِ أَوْ يَمْنَعُ مِنَ الْوَصِيَّةِ لِلانْتِقَالِ وَفِيهِ وَجْهَانِ فَإِنْ قُلْنَا: يَتَقَبَّلُ إِلَيْهِمْ فَلَا إِجَازَةَ مِنَ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّهُ إِخْرَاجُ مَالٍ مَمْلُوكٍ وَلَا فَهِيَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ امْتِنَاعٌ مِنْ تَحْصِيلِ مَالٍ لَمْ يَدْخُلْ بَعْدُ فِي مِلْكِهِ وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ مِلْكِهِ بِخِلَافِ مُحَابَاةِ الصَّحِيحِ إِذَا مَرَضَ فَإِنَّ الْمَالَ كَانَ عَلَى مِلْكِهِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى اسْتِرْجَاعِهِ.

وَمِنْهَا: إِجَازَةُ الْمُفْلِسِ وَفِي الْمَغْنِيِّ هِيَ نَافِذَةٌ، وَهُوَ مَنْزِلٌ عَلَى الْقَوْلِ بِالتَّنْفِيذِ، وَلَا يَبْعُدُ عَلَى الْقَاضِي فِي الَّتِي قَبَلَهَا أَنْ لَا يَنْفَذَ وَقَالَ صَاحِبُ الْمَغْنِيِّ فِي الشُّعْبَةِ مُعْلَلًا بِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ.

الْحَادِيَّةُ عَشْرَةٌ: الْمَوْصَى لَهُ هَلْ يَمْلِكُ الْوَصِيَّةَ مِنْ حِينَ الْمَوْتِ أَمْ مِنْ حِينَ قَبُولِهِ لَهَا؟ فِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَانِ مَعْرُوفَانِ. وَعَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ إِنَّمَا يَمْلِكُهَا مِنْ حِينَ قَبُولِهِ فَهَلْ هِيَ قَبْلَهُ عَلَى مِلْكِ الْمَيِّتِ أَوْ عَلَى مِلْكِ الْوَرِثَةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ أَيْضًا. وَأَكْثَرُ الْأَصْحَابِ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ مِلْكٌ لِلْمَوْصَى لَهُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ وَالْخِرَقِيِّ وَمَنْصُوصُ أَحْمَدَ بَلْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي مَوَاضِعَ

عَلَى أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ لَهُ الْقَبُولُ فِيمَلِكُهُ قَهْرًا كَالْمِيرَاثِ وَهُوَ وَجْهٌ لِلْأَصْحَابِ حَكَاهُ غَيْرٌ وَاحِدٌ.
وَلِهَذَا الْاِخْتِلَافُ فَوَائِدُ عَدِيدَةٌ:

فَمِنْهَا: حُكْمُ نَمَائِهِ بَيْنَ الْمَوْتِ وَالْقَبُولِ فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ عَلَى مِلْكِ الْمُوصَى لَهُ فَهُوَ لَا يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ مِنَ الثَّلَاثِ، وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ عَلَى مِلْكِ الْمُوصِي فَتَتَوَفَّرُ بِهِ التَّرَكَّةُ فَيَزَادُ بِهِ الثَّلَاثُ وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ عَلَى مِلْكِ الْوَرِثَةِ فَنَمَآؤُهُ لَهُمْ خَاصَّةٌ. وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَنَّ مِلْكَ الْمُوصَى لَهُ لَا يَتَقَدَّمُ الْقَبُولُ وَأَنَّ النَّمَاءَ قَبْلَهُ لِلْوَرِثَةِ مَعَ أَنَّ الْعَيْنَ بَاقِيَةٌ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الْمَيِّتِ فَلَا يَتَوَفَّرُ الثَّلَاثُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مِلْكًا لَهُ حِينَ الْوَفَاةِ وَذَكَرَ أَيْضًا إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ مُرَاعَى وَإِنَّا نُبَيِّنُ يَقْبُولُ الْمُوصَى لَهُ مِلْكُهُ لَهُ مِنْ حِينَ الْمَوْتِ فَإِنَّ النَّمَاءَ يَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ مُعْتَبَرًا مِنَ الثَّلَاثِ فَإِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ مَعَ الْأَصْلِ فَهُمَا لَهُ وَإِلَّا كَانَ لَهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ مِنَ الْأَصْلِ فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ مِنَ الثَّلَاثِ كَانَ لَهُ مِنَ النَّمَاءِ.

وَمِنْهَا: لَوْ نَقَصَ الْمُوصَى بِهِ فِي سِعْرِ أَوْ صِفَةٍ فِيهِ الْمُحَرَّرُ إِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ بِالْمَوْتِ أَعْتَبِرَتْ قِيمَتُهُ مِنَ التَّرَكَّةِ بِسِعْرِهِ يَوْمَ الْمَوْتِ عَلَى أَدْنَى صِفَاتِهِ مِنْ يَوْمِ الْمَوْتِ إِلَى الْقَبُولِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ حَصَلَتْ فِي مِلْكِهِ فَلَا يُحْسَبُ عَلَيْهِ، وَالنَّقْصُ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ بَلْ هُوَ مِنْ ضَمَانِ التَّرَكَّةِ وَلِهَذَا لَوْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ أَوْ بَعْضُهَا لَبَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ فِي التَّالِفِ وَأَمَّا نَقْصُ الْأَسْعَارِ فَلَا تُضْمَنُ عِنْدَنَا. وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ مِنْ حِينَ الْقَبُولِ وَأَعْتَبِرَتْ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْقَبُولِ سِعْرًا وَصِفَةً؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكُهُ قَبْلَ ذَلِكَ وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ وَذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْوَصِيَّةِ وَلَمْ يَحِكْ صَاحِبُ الْمُعْنِيِّ فِيهِ خِلَافًا فَظَاهِرُهُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ يَوْمَ الْمَوْتِ عَلَى الْوُجُوهِ كُلِّهَا؛ لِأَنَّ حَقَّهُ تَعَلَّقَ بِالْمُوصَى لَهُ تَعْلِيقًا قَطَعَ تَصَرُّفُ الْوَرِثَةِ فِيهِ فَيَكُونُ ضَمَانُهُ عَلَيْهِ كَالْعَبْدِ الْجَانِي إِذَا أَخْرَجَ الْمَجْنِيءُ عَلَيْهِ اسْتِيفَاءَ حَقِّهِ مِنْهُ حَتَّى تَلِفَ أَوْ نَقَصَ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ الْمُوصَى بِهِ أُمَةً فَوَطَّهَهَا الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ وَبَعْدَ الْمَوْتِ فَإِنْ قُلْنَا: الْمِلْكُ لَهُ فَهِيَ أُمٌ وَلَدِهِ وَإِلَّا فَلَا، وَلَوْ وَطَّهَهَا الْوَارِثُ فَإِنْ قُلْنَا: الْمِلْكُ لَهُ فَهِيَ أُمٌ وَلَدِهِ وَيَلْزَمُهُ قِيمَتُهَا لِلْمُوصَى لَهُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُهَا لَمْ تَكُنْ أُمٌ وَلَدٍ لَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى بِأُمَةٍ لِزَوْجِهَا فَلَمْ يَعْلَمْ حَتَّى أَوْلَدَهَا أَوْلَادًا ثُمَّ قَبِلَ الْوَصِيَّةَ فَإِنْ قِيلَ: يَمْلِكُهَا بِالْمَوْتِ فَوَلَدُهُ حُرٌّ وَالْأُمَةُ أُمٌ وَلَدِهِ وَيَبْطُلُ نِكَاحُهُ بِالْمَوْتِ وَإِنْ قِيلَ: لَا يَمْلِكُهَا إِلَّا بَعْدَ الْقَبُولِ فَنِكَاحُهُ بَاقٍ قَبْلَ الْقَبُولِ وَوَلَدُهُ رَقِيقٌ لِلْوَارِثِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِأَنَّهُ فَمَاتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ وَقُلْنَا: يَقُومُ وَارِثُهُ مَقَامَهُ فِيهِ

فَقَبِلَ ابْنُهُ صَحَّ وَعَتَقَ وَهَلَ بِرِثٌ مِنْ أَبِيهِ الْمَيِّتِ أَمْ لَا إِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ بِالْمَوْتِ فَقَدْ عَتَقَ بِهِ
فَيَكُونُ حُرًّا عِنْدَ مَوْتِ أَبِيهِ فَيَرِثُ مِنْهُ وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّمَا يَمْلِكُهُ بَعْدَ الْقَبُولِ فَهُوَ عِنْدَ مَوْتِ أَبِيهِ
رَقِيقٌ فَلَا يَرِثُ، وَلَوْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِمَالٍ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ فَإِنْ قُلْنَا: يَثْبُتُ الْمِلْكُ بِالْمَوْتِ فَهُوَ
مِلْكٌ لِلْمَيِّتِ فَيُوقَى مِنْهُ دِيُونُهُ وَوَصَايَاهُ وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخِرِ هُوَ مِلْكٌ لِلْوَارِثِ الَّذِي قَبْلُ.
ذَكَرَهُ فِي الْمُحَرَّرِ وَبَخَّرَ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَكُونُ مِلْكًا لِلْمُوصَى لَهُ عَلَى الْوَجْهِينِ؛ لِأَنَّ
التَّمْلِيكَ حَصَلَ لَهُ فَكَيْفَ يَصِحُّ الْمِلْكُ ابْتِدَاءً لغيره؟ وَلِهَذَا نَقُولُ عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ: إِنَّ
الْمُكَاتَبَ إِذَا مَاتَ وَخَلَّفَ وَفَاءً أَنَّهُ يُؤَدِّي مِنْهُ بَقِيَّةَ مَالِ الْكِتَابَةِ. وَيَتَبَيَّنُ بِذَلِكَ مَوْتُهُ حُرًّا مَعَ أَنَّ
الْحُرِّيَّةَ لَا تَثْبُتُ لِلْمُكَاتَبِ إِلَّا بَعْدَ الْأَدَاءِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِأَرْضٍ فَبَنَى الْوَارِثُ فِيهَا وَغَرَسَ قَبْلَ الْقَبُولِ ثُمَّ قَبِلَ فَبَيَّ الْإِرْشَادِ
إِنْ كَانَ الْوَارِثُ عَالِمًا بِالْوَصِيَّةِ قَلَعَ بِنَاءَهُ وَغَرَسَهُ مَجَانًّا وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا فَعَلَى وَجْهِينِ، وَهُوَ
مُتَوَجِّهٌ عَلَى الْقَوْلِ بِالْمِلْكِ بِالْمَوْتِ أَمَّا إِنْ قِيلَ: هِيَ قَبُولٌ قَبْلَ الْقَبُولِ عَلَى مِلْكِ الْوَارِثِ فَهُوَ
كِبْنَاءُ الْمُشْتَرِي الشَّقْصِ الْمَشْفُوعِ وَغَرَسِهِ، فَيَكُونُ مُحْتَرَمًا يَتَمَلَّكُ بِقِيَمَتِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ شَقْصٌ فِي شَرِكَةِ الْوَرِثَةِ وَالْمُوصَى لَهُ قَبْلَ قَبُولِهِ فَإِنْ قُلْنَا: الْمِلْكُ لَهُ مِنْ
حِينَ الْمَوْتِ فَهُوَ شَرِيكَ لِلْوَرِثَةِ فِي الشُّعْعَةِ وَإِلَّا فَلَا حَقَّ فِيهَا.

وَمِنْهَا: جَرَيَانُهُ مِنْ حِينَ الْمَوْتِ فِي حَوْلِ الزَّكَاةِ فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهَا الْمُوصَى لَهُ جَرَى فِي
حَوْلِهِ وَإِنْ قُلْنَا: لِلْوَرِثَةِ فَهَلْ يَجْرِي فِي حَوْلِهِمْ حَتَّى لَوْ تَأَخَّرَ الْقَبُولُ سَنَةً كَانَتْ زَكَاتُهُ عَلَيْهِمْ
أَمْ لَا لِضَعْفِ مِلْكِهِمْ فِيهِ وَتَزَلُّزِهِ وَتَعَلُّقِ حَقِّ الْمُوصَى لَهُ بِهِ فَهُوَ كَمَالِ الْمُكَاتَبِ فِيهِ تَرَدُّدٌ.

الثَّانِيَةُ عَشْرَةَ: الدِّينُ هَلْ يَمْنَعُ انْتِقَالَ التَّرَكَةِ إِلَى الْوَرِثَةِ أَمْ لَا؟ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ
أَشْهُرُهُمَا الْانْتِقَالُ، وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: هِيَ الْمَذْهَبُ
وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ أَنَّ الْمُفْلِسَ إِذَا مَاتَ سَقَطَ حَقُّ الْبَائِعِ مِنْ عَيْنِ مَالِهِ لِأَنَّ الْمَالَ انْتَقَلَ إِلَى
وَرِثَتِهِ. وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ: لَا يَنْتَقِلُ، نَقَلَهَا ابْنُ مَنْصُورٍ فِي رَجُلٍ مَاتَ وَتَرَكَ دَارًا وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَجَاءَ
الْغُرَمَاءُ يَتَتَعَوْنَ الْمَالَ وَقَالَ أَحَدُ بَنِيهِ: أَنَا أُعْطِيَ رُبْعَ الدِّينِ وَدَعَا لِي رُبْعَ الدَّارِ، قَالَ أَحْمَدُ:
هَذِهِ الدَّارُ لِلْغُرَمَاءِ لَا يَرِثُونَهَا، يَعْنِي الْأَوْلَادَ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ دِيُونِ اللَّهِ تَعَالَى وَدِيُونِ الْآدَمِيِّينَ
وَلَا بَيْنَ الدِّيُونِ الثَّابِتَةِ فِي الْحَيَاةِ وَالْمُتَجَدِّدَةِ بَعْدَ الْمَوْتِ لِسَبَبٍ مِنْهُ يَقْتَضِي الضَّمَانَ كَحَفْرِ
بُئْرٍ وَنَحْوِهِ، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي. وَهَلْ يُعْتَبَرُ كَوْنُ الدِّينِ مُحِيطًا بِالتَّرَكَةِ أَمْ لَا؟ ظَاهِرُ كَلَامِ
طَائِفَةٍ اعْتَبَارُهُ حَيْثُ فَرَضُوا الْمَسْأَلَةَ فِي الدِّينِ الْمُسْتَعْرِقِ، وَكَلَامُ أَبِي الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ

كَالصَّرِيحِ فِي قِيَمَتِهِ وَمِنْهُمْ مَنْ صَرَّحَ بِالْمَنْعِ مِنَ الْإِنْتِقَالِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَعْرِفًا ذَكَرَهُ فِي مَسَائِلِ الشُّعْبَةِ وَعَلَى الْقَوْلِ بِالْإِنْتِقَالِ فَيَتَعَلَّقُ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِهَا جَمِيعًا وَإِنْ لَمْ يَسْتَعْرِفْهَا الدِّينُ صَرَّحَ بِهِ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ وَهَلْ تَعَلَّقُ حَقَّهُمْ بِهَا تَعَلَّقُ رَهْنٍ أَوْ جِنَايَةٍ؟ فِيهِ خِلَافٌ يَتَحَرَّرُ بِتَحْرِيرِ مَسَائِلَ:

أَحَدَاهَا: هَلْ يَتَعَلَّقُ جَمِيعُ الدِّينِ بِالتَّرَكَةِ وَيَكُلُّ جُزْءٌ مِنْ أَجْزَائِهَا أَوْ يَنْقَسِطُ؟ صَرَّحَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِالْأَوَّلِ إِنْ كَانَ الْوَارِثُ وَاحِدًا وَإِنْ كَانَ مُتَعَدِّدًا انْقَسَمَ عَلَى قَدْرِ حَقُّوْقِهِمْ وَتَعَلَّقَ بِحِصَّةِ كُلِّ وَارِثٍ مِنْهُمْ فَسَطُّهَا مِنَ الدِّينِ وَيَكُلُّ جُزْءٌ مِنْهَا كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ إِذَا رَهَنَهُ الشَّرِيكَانِ بِدَيْنٍ عَلَيْهِمَا.

وَالثَّانِيَةُ: هَلْ يَمْنَعُ هَذَا التَّعَلُّقُ مِنْ نَفُوذِ التَّصَرُّفِ؟ وَسَنَذْكُرُهُ.

وَالثَّالِثَةُ: هَلْ يَتَعَلَّقُ الدِّينُ بِعَيْنِ التَّرَكَةِ مَعَ الذِّمَّةِ؟ فِيهِ لِلْأَصْحَابِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: يَنْتَقِلُ إِلَى ذِمَّةِ الْوَرِثَةِ قَالَهُ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي خِلَافِيهِمَا وَابْنُ عَقِيلٍ وَمِنْهُمْ مَنْ قَيَّدَهُ بِالْمَوْجَلِ وَمِنْهُمْ مَنْ خَصَّهُ بِالْقَوْلِ بِإِنْتِقَالِ التَّرَكَةِ إِلَيْهِمْ. وَالثَّانِي: هُوَ بَاقٍ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي أَيْضًا وَالْأَمِدِيُّ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي فَنُونِهِ وَصَاحِبُ الْمُغْنِيِّ وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ الْأَصْحَابِ فِي ضَمَانِ دَيْنِ الْمَيِّتِ. وَالثَّلَاثُ: يَتَعَلَّقُ بِأَعْيَانِ التَّرَكَةِ فَقَطْ قَالَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَرَدَّ بِلُزُومِ بَرَاءَةِ ذِمَّةِ الْمَيِّتِ فِيهَا بِالتَّلَفِّ وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَلِهَذَا الْاِخْتِلَافِ فَوَاقِدُ:

مِنْهَا: نَفُوذُ تَصَرُّفِ الْوَرِثَةِ فِيهَا يَبِيعُ أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ فَإِنْ قُلْنَا: بِعَدَمِ الْإِنْتِقَالِ إِلَيْهِمْ فَلَا إِشْكَالَ فِي عَدَمِ النُّفُوذِ، وَإِنْ قُلْنَا: بِالْإِنْتِقَالِ فَوَجَّهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَنْفَذُ، قَالَهُ الْقَاضِي فِي الْمَجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي بَابِ الشَّرَكَةِ مِنْ كِتَابَيْهِمَا وَحَمَلَ الْقَاضِي فِي غَيْرِ الْمَجَرَّدِ رَوَايَةَ ابْنِ مَنْصُورٍ عَلَى هَذَا. وَالثَّانِي: يَنْفَذُ، قَالَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ أَيْضًا فِي الرَّهْنِ وَالْقِسْمَةِ وَجَعَلَاهُ الْمَذْهَبَ وَإِنَّمَا يَجُوزُ لَهُمْ التَّصَرُّفُ بِشَرْطِ الضَّمَانِ قَالَهُ الْقَاضِي قَالَ وَمَتَى خَلَى الْوَرِثَةُ بَيْنَ التَّرَكَةِ وَبَيْنَ الْغُرَمَاءِ سَقَطَتْ مُطَالِبَتُهُمْ بِالْأَدْيُونِ وَنَصَبَ الْحَاكِمُ مَنْ يُوقِيهِمْ مِنْهَا وَلَمْ يَمْلِكْهَا الْغُرَمَاءُ بِذَلِكَ. وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمْ إِذَا تَصَرَّفُوا فِيهَا طَوَّلُوا بِالْأَدْيُونِ كُلِّهَا كَمَا تَقُولُ فِي سَيِّدِ الْجَانِي إِذَا فَدَاهُ: إِنَّهُ يَقْدِرُ بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ بَالِغًا مَا بَلَغَ عَلَى رَوَايَةٍ، وَكَلَامُ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ الْبِرْزَاطِيِّ هَاهُنَا يَدُلُّ عَلَيْهِ وَسَنَذْكُرُهُ وَفِي الْكَافِي إِنْمَا يَضْمَنُونَ أَقَلَّ الْأُمُورِ مِنْ قِيَمَةِ التَّرَكَةِ أَوْ الدِّينِ وَعَلَى الْأَوَّلِ يَنْفَذُ الْعِتْقُ خَاصَّةً كَعِتْقِ الرَّاهِنِ.

ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انتِصَارِهِ وَحَكَى الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ فِي بَابِ الْعِتْقِ فِي تَفْوِذِ الْعِتْقِ
مَعَ عَدَمِ الْعِلْمِ بِالذَّيْنِ وَجَهَيْنِ، وَأَنَّهُ لَا يَنْفَذُ مَعَ الْعِلْمِ وَجَعَلَ صَاحِبُ الْكَافِي مَأْخَذَهُمَا أَنَّ
حُقُوقَ الْغُرَمَاءِ الْمُتَعَلِّقَةَ بِالتَّرَكَةِ هَلْ يَمْلِكُ الْوَرِثَةُ إِسْقَاطَهَا بِالتَّزَامِيهِمُ الْأَدَاءِ مِنْ عِنْدِهِمْ أَمْ لَا؟
وَرَوَايَةُ ابْنِ مَنْصُورٍ السَّابِقَةُ تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَ ذَلِكَ وَفِي النَّظَرِيَّاتِ لِابْنِ عَقِيلٍ أَنَّ
عِتْقَ الْوَرِثَةِ إِنَّمَا يَنْفَذُ مَعَ يَسَارِهِمْ دُونَ إِعْسَارِهِمْ اعْتِبَارًا بِعِتْقِ مَوْرُوثِهِمْ فِي مَرَضِهِ؛ لِأَنَّ
مَوْرُوثَهُمْ كَانَ مِلْكُهُ ثَابِتًا فِيهَا بِغَيْرِ خِلَافٍ وَلَا يَنْفَذُ عِتْقُهُ مَعَ الْإِعْسَارِ فَلَا أَنْ لَا يَنْفَذَ عِتْقُهُمْ مَعَ
إِعْسَارِهِمْ وَالْاِخْتِلَافِ فِي مِلْكِهِمْ أَوَّلَى. وَهَلْ يَصِحُّ رَهْنُ التَّرَكَةِ عِنْدَ الْغُرَمَاءِ؟ قَالَ الْقَاضِي
فِي الْمُجَرَّدِ: لَا يَصِحُّ، وَعَلَّلَ بِأَنَّهَا كَالْمَرْهُونَةِ عِنْدَهُمْ بِحَقِّهِمْ، وَالْمَرْهُونُ لَا يَصِحُّ رَهْنُهُ وَيَأْنُ
التَّرَكَةِ مِلْكٌ لِلْوَرِثَةِ فَلَا يَصِحُّ رَهْنُ مِلْكِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَعَلَى التَّعْلِيلِ الْأَوَّلِ لَا يَصِحُّ رَهْنُ
الْوَرِثَةِ لَهَا مِنَ الْغُرَمَاءِ، وَإِنْ قِيلَ: هِيَ مِلْكُهُمْ، وَعَلَى الثَّانِي: يَنْبَغِي أَنْ يَصِحَّ رَهْنُ الْمُوصَى
لَهَا إِذَا قُلْنَا: لَيْسَتْ مِلْكًا لِلْوَرِثَةِ.

وَمِنْهَا: نَمَاءُ التَّرَكَةِ. فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَتَّقِلُ إِلَى الْوَرِثَةِ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِالنَّمَاءِ كَالْأَصْلِ، وَإِنْ
قُلْنَا: يَتَّقِلُ إِلَيْهِمْ فَهَلْ يَتَعَلَّقُ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِالنَّمَاءِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ. وَقَدْ سَبَقَ بَسْطُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ
فِي قَاعِدَةِ النَّمَاءِ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَاتَ رَجُلٌ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَلَهُ مَالٌ زَكَوِيٌّ فَهَلْ يَبْتَدِئُ الْوَرِثَةُ حَوْلَ زَكَاتِهِ مِنْ حِينَ
مَوْتِ مَوْرُوثِهِ أَمْ لَا؟ إِنْ قُلْنَا: لَا يَتَّقِلُ التَّرَكَةُ إِلَيْهِ مَعَ الدَّيْنِ فَلَا إِشْكَالَ فِي أَنَّهُ لَا يَجْرِي فِي
حَوْلِهِ حَتَّى يَتَّقِلَ إِلَيْهِ وَإِنْ قُلْنَا: يَتَّقِلُ ابْنِي عَلَى أَنَّ الدَّيْنَ هَلْ هُوَ مَضمُونٌ فِي ذِمَّةِ الْوَارِثِ
أَوْ هُوَ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ خَاصَّةً، فَإِنْ قُلْنَا: الدَّيْنُ فِي ذِمَّةِ الْوَارِثِ وَكَانَ مِمَّا يَمْنَعُ الزَّكَاةَ ابْنِي
عَلَى أَنَّ الدَّيْنَ الْمَانِعَ هَلْ يَمْنَعُ انْعِقَادَ الْحَوْلِ مِنْ ابْتِدَائِهِ أَوْ يَمْنَعُ الْوُجُوبَ فِي انْتِهَائِهِ خَاصَّةً؟
فِيهِ رَوَايَتَانِ مُحْكِمَتَانِ فِي شَرْحِ الْهَدَايَةِ. وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَمْنَعُ الْانْعِقَادَ فَيَمْتَنِعُ انْعِقَادُ الْحَوْلِ
عَلَى مِقْدَارِ الدَّيْنِ مِنَ الْمَالِ وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّمَا يَمْنَعُ وَجُوبَ الزَّكَاةِ فِي آخِرِ الْحَوْلِ مُنْعٌ مِنَ
الْوُجُوبِ هَاهُنَا آخِرَ الْحَوْلِ فِي قَدْرِهِ أَيْضًا، وَإِنْ قُلْنَا: لَيْسَ فِي ذِمَّةِ الْوَارِثِ شَيْءٌ فَظَاهِرُ كَلَامِ
أَصْحَابِنَا أَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالْمَالِ مَانِعٌ وَسَنَذْكُرُهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ لَهُ شَجَرٌ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَمَاتَ فَهَاهُنَا صُورَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَمُوتَ قَبْلَ أَنْ يُثْمَرَ ثُمَّ أُلْثِمَتْ قَبْلَ الْوَفَاءِ فَيَنْبَغِي عَلَى أَنَّ الدَّيْنَ هَلْ يَتَعَلَّقُ
بِالنَّمَاءِ أَمْ لَا؟ فَإِنْ قُلْنَا: يَتَعَلَّقُ بِهِ خَرَجَ عَلَى الْخِلَافِ فِي مَنَعِ الدَّيْنِ الزَّكَاةَ فِي الْأَمْوَالِ

الظاهرة، وإن قلنا: يتعلّق به فالزكاة على الوارث وهذا كله بناء على القول بانتقال الملك إليه أمّا إن قلنا: لا يتّقل فلا زكاة عليه إلا أن ينفك التعلّق قبل بدو صلاحه.

الصورة الثانية: أن يموت بعد ما أثمرت فيتعلّق الدين بالثمرة ثم إن كان موته بعد وقت الوجوب فقد وجبت عليه الزكاة إلا أن نقول: إن الدين يمنع الزكاة في المال الظاهر وإن كان قبل وقت الوجوب، فإن قلنا: تتّقل التركة إلى الورثة مع الدين فالحكم كذلك لأنه مال لهم تعلّق به دين ولا سيما إن قلنا: أنه في ذمتهم وإن قلنا: لا تتّقل التركة إليهم فلا زكاة عليهم وهذه المسألة تدلّ على أن الثماء المنفصل يتعلّق به حق الغرماء بغير خلاف.

ومنها: لو مات وله عيّد وعليه دين وأهل هلال الفطر فإن قلنا: لا يتّقل الملك فلا فطرة لهم على أحد، وإن قلنا: يتّقل ففطرتهم على الورثة.

ومنها: لو كانت التركة حيواناً فإن قلنا: بالانتقال إلى الورثة فالتقّة عليهم وإلا فمن التركة كمؤنته وكذلك مؤنة المال كأجرة المخزن ونحوه.

ومنها: لو مات المدين وله شقص فباع شريكه نصيبه قبل الوفاء فهل للورثة الأخذ بالشفعة؟ إن قلنا: بالانتقال إليهم فلهم ذلك وإلا فلا، فلو كان الوارث شريك الموروث وبيع نصيب الموروث في دينه فإن قلنا: بالانتقال فلا شفعة للوارث، ولأن البيع وقع في ملكه فلا يملك استرجاعه وإن قيل بعده فله الشفعة؛ لأن المبيع لم يكن في ملكه بل في شركته.

ومنها: لو وطئ الوارث الجارية المورثة والدين يستغرق فأولدها، فإن قلنا: هي ملكه فلا حد ويلزمه قيمتها يوفى منها الدين كما لو وطئ الراهن. وإن قلنا: ليست ملكه فلا حد أيضاً لشبهة الملك فإنه يملكها بالفكاك فهي كالرهن وعليه قيمتها ومهرها يوفى بها الدين، ذكره أبو الخطاب في انتصاره فائدة الخلاف حيثد وجوب المهر.

ومنها: لو تزوج الابن أمة أبيه ثم قال لها: إن مات أبي فأنت طالق، وقال أبوه: إن ميت فأنت حرة، ثم مات وعليه دين مستغرق لم تعتق لاستغراق الدين للتركة فلا ثلث للميت لينفذ منه العتق وهل يقع الطلاق قال القاضي في المجرد: نعم وعلل بأنه لم يملكها فهي باقية على نكاحه وقال ابن عقيل: لا تطلق؛ لأن التركة تتّقل إلى الورثة فيسبق الفسخ الطلاق فالوجهان مبنيان على الانتقال وعدمه وكذلك لو لم يدبرها الأب سواء. وفي المذهب وجه آخر بالوقوع وإن قيل: بالانتقال حتى ولو لم يكن دين بنى على ما سبق من

الطَّلَاقِ لِلْفَسْخِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْقَوَاعِدِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَقْرَأَ لِشَخْصٍ فَقَالَ لَهُ: فِي مِيرَاثِهِ أَلْفٌ، فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ مُتَنَاقِضٌ فِي إِقْرَارِهِ وَفِي التَّلْخِيصِ يُحْتَمَلُ أَنْ يَلْزِمَهُ إِذْ الْمَشْهُورُ عِنْدَنَا أَنَّ الدَّيْنَ لَا يَمْنَعُ الْمِيرَاثَ فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: لَهُ فِي هَذِهِ التَّرَكَةِ أَلْفٌ فَإِنَّهُ إِقْرَارٌ صَحِيحٌ وَعَلَى هَذَا فَإِذَا قُلْنَا: يَمْنَعُ الدَّيْنَ الْمِيرَاثَ كَانَ مُنَاقِضًا بغيرِ خِلَافٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ وَأَلْفَ دِرْهَمٍ وَعَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ دَيْنٌ ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ ابْنَيْنِ وَتَرَكَ ابْنًا ثُمَّ أَبْرَأَ الْغَرِيمَ الْوَرْتَةَ فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ ابْنُ الْابْنِ نِصْفَ التَّرَكَةِ بِمِيرَاثِهِ عَنْ أَبِيهِ وَذَكَرَهُ فِي مَوْضِعٍ إجمالاً، وَعَلَّلَهُ فِي مَوْضِعٍ بِأَنَّ التَّرَكَةَ تَنْتَقِلُ مَعَ الدَّيْنِ فَانْتَقَلَ مِيرَاثُ الْابْنِ إِلَى أَبِيهِ وَهَذَا يُفْهَمُ مِنْهُ أَنَّهُ عَلَى الْقَوْلِ يَمْنَعُ الْإِنْتِقَالَ يَخْتَصُّ بِهِ وَلَدُ الصُّلْبِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْبَاقِي مِنَ الْوَرْتَةِ وَابْنُ الْابْنِ لَيْسَ بِوَارِثٍ مَعَهُ وَالتَّرَكَةُ لَمْ تَنْتَقِلْ إِلَى أَبِيهِ وَلَكِنَّمَا انْتَقَلَتْ بَعْدَ مَوْتِهِ وَيَشْهَدُ لِهَذَا مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي الْوَصِيَّةِ إِذَا مَاتَ الْمُوصَى لَهُ وَقِيلَ وَارِثُهُ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ هُوَ دُونَ مَوْرُوثِهِ عَلَى قَوْلِنَا بِمِلْكِ الْوَصِيَّةِ مِنْ حِينَ الْقَبُولِ.

وَمِنْهَا: رُجُوعُ بَائِعِ الْمُفْلِسِ فِي عَيْنِ مَالِهِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُفْلِسِ وَيَحْتَمَلُ بِنَاؤُهُ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ فَإِنْ قُلْنَا: يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَرْتَةِ ائْتَمَعَ رُجُوعُهُ وَبِهِ عِلَلُ الْإِمَامِ أَحْمَدُ وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَنْتَقِلُ يَرْجِعُ بِهِ وَلَا سِيَّما وَالْحَقُّ هُنَا مُتَعَلِّقٌ فِي الْحَيَاةِ تَعَلُّقًا مُتَاكِدًا وَمِنْ الْعَجَبِ أَنَّ عَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً بِسُقُوطِ حَقِّ الْمُرْتَهَنِ مِنَ الرَّهْنِ بِمَوْتِهِ فَيَكُونُ أَسْوَأَ الْغُرْمَاءِ كَغَرِيمِ الْمُفْلِسِ، حَكَاهَا الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَهَذَا عَكْسُ مَا نَحْنُ فِيهِ.

وَمِنْهَا: مَا نَقَلَ الْبِزْرَاطِيُّ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ مَاتَ وَخَلَفَ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَعَلَيْهِ لِلْغُرْمَاءِ أَكْثَرُ مِنْ أَلْفٍ دِرْهَمٍ وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُ ابْنِهِ فَقَالَ ابْنُهُ لِلْغُرْمَاءِ: أَتَرْكُوا هَذَا الْأَلْفَ فِي يَدَيَّ وَأَخْرُونِي فِي حَقُوقِكُمْ ثَلَاثَ سِنِينَ حَتَّى أَوْفِيَكُمْ جَمِيعَ حَقُوقِكُمْ، قَالَ: إِذَا كَانُوا اسْتَحَقُّوا قَبْضَ هَذِهِ الْأَلْفِ وَإِنَّمَا يُؤَخَّرُونَهُ لِيُوفِّيَهُمْ لِأَجْلِ أَنْ يَتْرَكَهَا فِي يَدَيْهِ فَهَذَا لَا خَيْرَ لَهُ فِيهِ إِلَّا أَنْ يَقْبِضُوا الْأَلْفَ مِنْهُ وَيُؤَخَّرُونَهُ فِي الْبَاقِي مَا شَاءُوا، قَالَ بَعْضُ شُيُوخِنَا: تُخْرَجُ هَذِهِ الرِّوَايَةُ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ التَّرَكَةَ لَا تَنْتَقِلُ قَالَ: إِنْ قُلْنَا: تَنْتَقِلُ إِلَيْهِمْ جَازَ ذَلِكَ وَهُوَ أَقْبَسُ بِالْمَذْهَبِ، وَتَوَجَّهَ مَا قَالَ إِنْ حَقَّ الْغُرْمَاءُ فِي عَيْنِ التَّرَكَةِ دُونَ ذِمَّةِ الْوَرْتَةِ فَإِذَا اسْقَطُوا حَقَّهُمْ مِنَ التَّعَلُّقِ بِشَرَطِ أَنْ يُوفِّيَهُمُ الْوَرْتَةُ بَقِيَّةَ حَقُوقِهِمْ فَهُوَ إِسْقَاطٌ بِعَوَضٍ غَيْرِ لَازِمٍ لِلْوَرْتَةِ فَإِنْ قِيلَ: بِإِنْتِقَالِ التَّرَكَةِ إِلَى الْوَارِثِ فَقَدْ أَذِنَ لَهُ فِي الْإِنْتِفَاعِ بِمَالِهِ بِعَوَضٍ يَلْزِمُهُ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ وَإِنْ

قِيلَ بَعْدَ الْإِنْتِقَالِ فَهُوَ شَيْءٌ بِتَمْلِيكِهِ أَلْفًا بِالْفَيْنِ إِلَى أَجَلٍ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ تَمْلِكًا مَعَ أَنَّ قَوْلَ أَحْمَدَ لَا خَيْرَ فِيهِ لَيْسَ تَصْرِيحًا بِالتَّحْرِيمِ فَيَحْتَمِلُ الْكَرَاهَةَ.

قَوْلُهُ: وَيُؤْخَرُونَهُ فِي الْبَاقِي مَا شَاءُوا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْوَرِثَةَ إِذَا تَصَرَّفُوا فِي التَّرِكَةِ صَارُوا ضَامِنِينَ جَمِيعَ الدِّينِ فِي ذِمَّتِهِمْ فَيُطَالَبُونَ بِهِ وَمَتَى كَانَ الدِّينُ فِي ذِمِّ الْوَرِثَةِ قَوِيَ الْجَوَازُ؛ لِأَنَّ انْتِقَالَهُ إِلَى ذِمَّتِهِمْ فَرَعُ انْتِقَالِ التَّرِكَةِ إِلَيْهِمْ فَيَقَى كَالْمُقْلَسِ إِذَا طَلَبَ مِنْ غُرْمَائِهِ الْإِمْهَالَ وَإِسْقَاطَ حُقُوقِهِمْ مِنْ أَعْيَانِ مَالِهِ لِيُوقِيَهُمْ لِبَاقِيهَا كَامِلَةً إِلَى أَجَلٍ.

وَمِنْهَا: وَلَايَةُ الْمُطَالَبَةِ بِالتَّرِكَةِ إِذَا كَانَتْ دَيْنًا وَنَحْوَهُ هَلْ لِلْوَرِثَةِ خَاصَّةٌ أَمْ لِلْغُرْمَاءِ وَالْوَرِثَةِ قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ فِي رَجُلٍ مَاتَ وَخَلَّفَ وَدِيعَةً عِنْدَ رَجُلٍ وَلَمْ يُوصِ إِلَيْهِ بِشَيْءٍ وَخَلَّفَ عَلَيْهِ دَيْنًا، يَجُوزُ لِهَذَا الْمُودِعِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى وَلَدِ الْمَيِّتِ؟ فَقَالَ: إِنْ كَانَ أَصْحَابُ الدِّينِ جَمِيعًا يَعْلَمُونَ أَنَّهُ مُودِعٌ وَيَخَافُ تَبِعَتَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا عَلَيْهِ لِيَخْلِفُوا جَمِيعَ أَصْحَابِ الدِّينِ وَالْوَرِثَةَ يُسَلِّمُ إِلَيْهِمْ وَنَقَلَ صَالِحٌ نَحْوَهُ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ لِلْغُرْمَاءِ وَلَايَةَ الْمُطَالَبَةِ وَالرُّجُوعَ عَلَى الْمُودِعِ إِذَا سَلَّمَ الْوَدِيعَةَ إِلَى الْوَرِثَةِ وَحَمَلَهُ الْقَاضِي عَلَى الْإِحْتِيَاطِ قَالَ: لِأَنَّ التَّرِكَةَ مِلْكٌ لِلْوَرِثَةِ وَلَهُمُ الْوَفَاءُ مِنْ غَيْرِهَا. وَظَاهِرُ كَلَامِهِ إِنْ قُلْنَا: التَّرِكَةُ مِلْكٌ لَهُمْ فَلَهُمُ وَلَايَةُ الطَّلَبِ وَإِنْ قُلْنَا: لَيْسَتْ مِلْكًا لَهُمْ فَلَيْسَ لَهُمُ الْإِسْتِفْلَالُ بِذَلِكَ وَقَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: عِنْدِي أَنَّ نَصَّ أَحْمَدَ عَلَى ظَاهِرِهِ لِأَنَّ الْوَرِثَةَ وَالْغُرْمَاءَ تَتَعَلَّقُ حُقُوقُهُمْ بِالتَّرِكَةِ كَالرَّهْنِ وَالْجَانِي فَلَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَى بَعْضِهِمْ قَالَ وَإِنَّمَا الْمُسْكِلُ أَنَّ مَفْهُومَ كَلَامِهِ جَوَازُ الدَّفْعِ إِلَى الْوَرِثَةِ بِمُقَرَّرِهِمْ وَلَعَلَّهُ أَرَادَ إِذَا وَثِقَ بِتَوَفِّيَتِهِمُ الدِّينَ، انْتَهَى.

وَلَا رَيْبَ أَنَّ حُقُوقَ الْوَرِثَةِ تَتَعَلَّقُ بِهَا أَيْضًا وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَتَقَلُّ إِلَيْهِمْ وَهُمْ قَائِمُونَ مَقَامَ الْوَصِيِّ عِنْدَ عَدَمِهِ أَيْضًا فِي إِيْفَائِهِ الدِّيُونَ وَغَيْرِهَا عِنْدَ طَائِفَةٍ مِنَ الْأَصْحَابِ فَالْمُتَوَجَّهُ هُوَ الدَّفْعُ إِلَى الْوَرِثَةِ وَالْغُرْمَاءِ جَمِيعِهِمْ وَلَا يَمْلِكُونَ الدَّفْعَ إِلَى الْغُرْمَاءِ بِأَفْرَادِهِمْ بِكُلِّ حَالٍ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ مُهْتَأً فِيمَنْ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ وَصَّى بِهَا رَبُّهَا لِرَجُلٍ ثُمَّ مَاتَ أَنَّ الْمُودِعَ لَا يَدْفَعُهَا إِلَى الْمُوصَى لَهُ. فَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَ، وَلَكِنْ يَجْمَعُ الْوَرِثَةُ وَالْمُوصَى لَهُ فَإِنْ أَجَازُوا وَإِلَّا دَفَعَ إِلَيْهِمْ جَمِيعًا وَلَعَلَّ هَذَا فِيمَا إِذَا لَمْ يَثْبُتِ الْوَصِيَّةُ فِي الظَّاهِرِ وَإِنَّمَا الْمُودِعُ يَدْعِي ذَلِكَ وَأَنَّهَا لَا تَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ وَكَذَلِكَ قَالَ إِنْ أَجَازُوا لِغَيْرِ الْوَرِثَةِ وَإِلَّا فَالْعَيْنُ الْمُوصَى بِهَا إِذَا خَرَجَتْ مِنَ الثَّلَاثِ لَا حَقَّ فِيهَا لِلْوَرِثَةِ وَلَا تَتَقَلُّ إِلَيْهِمْ بِكُلِّ حَالٍ عَلَى الصَّحِيحِ وَفِي الْمُحَرَّرِ أَنَّ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُوصِي بِهِ لِمُعَيَّنٍ فَهُوَ مُخَيَّرٌ إِنْ شَاءَ دَفَعَهُ إِلَى الْمُوصِيِّ وَإِنْ شَاءَ دَفَعَهُ إِلَى

الموصى له بخلاف الوصية المطلقة فإنه لا يبرأ بدون الدفع إلى الورث والوصي جميعاً؛ لأنها كالدين وقد نص أحمد أيضاً في رواية أبي طالب فيمن عليه دين لميت وعلى الميت دين فقصى ربه: أنه يجوز في الباطن دون الظاهر ووجهه القاضي بأن الورثة لا حق لهم في ذلك المال الذي في مقابلة الدين فلا يكون متصرفاً في حقوقهم وهذا متوجه على القول بأن التركة لا تتقل إليهم مع الدين فلا يكون القضاء من أموالهم ويرجع ذلك إلى أن كل مال مستحق يجوز دفعه إلى مستحقه مع وجود من له ولاية القبض، وقد سبق ذكره في القواعد.

الثالثة عشرة: التدبير هل هو وصية أو عتق بصفة؟ في المسألة روايتان يبنى عليهما فواكد كثيرة:

منها: لو قتل المدبر سيده هل يعتق وفيه طريقتان:

أحدهما: بناءً على الروايتين إن قلنا: هو عتق بصفة عتق وإن قلنا: وصية لم يعتق لأن المذهب أن الموصى له إذا قتل الموصي بعد الوصية لم يعتق وهي طريقة ابن عقيل وغيره. والثانية: أنه لا يعتق على الروايتين وهي طريقة القاضي؛ لأنه لم يعلقه على موته بقتله إياه.

ومنها: بيع المدبر وبيته والمذهب الجواز؛ لأنه وصية أو تعليق بصفة وكلاهما لا يمنع نقل الملك قبل الصفة وفيه رواية أخرى بالمنع بناءً على أنه عتق بصفة فيكون لازماً كالاستيلاء.

ومنها: اعتباره من الثلث على المذهب؛ لأنه وصية ونقل حبل أنه من رأس المال وهو متخرج على أنه عتق لازم كالاستيلاء.

ومنها: إبطال التدبير والرجوع عنه بالقول وفي صحته روايتان بناءً على الخرق والاصحاب على هذا الأصل فإن قيل: هو وصية جاز الرجوع عنه وإن قلنا: عتق فلا وللقاضي وأبي الخطاب في تعليقهما طريقة أخرى أن الروايتين هنا على قولنا إنه وصية؛ لأنها وصية نتجت بالموت من غير قبول بخلاف بقية الوصايا وهو مقتضى بالوصية لجهات البر ولا يبي الخطاب في الهداية طريقة ثالثة وهي بناءً هاتين الروايتين على جواز الرجوع بالبيع أمّا إن قلنا: يمنع الرجوع بالفعل فالقول أولى.

ومنها: لو باع المدبر ثم اشتراه فهل يكون بيعه رجوعاً فلا يعود تدبيره أو لا يكون رجوعاً فيعود؟ فيه روايتان أيضاً بناءً على القاضي والأكثرون على هذا الأصل فإن قلنا: التدبير

وَصِيَّةٌ بَطَلَتْ بِخُرُوجِهِ عَلَى مِلْكِهِ وَلَمْ يَبْعُدْ نُفُوذُهُ وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ تَعْلِيقُ بِصِفَةِ عَادَ بِعَوْدِ الْمَلِكِ بِنَاءً عَلَى أَصْلِنَا فِي عَوْدِ الصَّفَةِ بِعَوْدِ الْمَلِكِ فِي الْعَتَقِ وَالطَّلَاقِ وَطَرِيقَةُ الْخَرْقِيِّ وَطَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ أَنَّ التَّدْيِيرَ يَعُودُ بِعَوْدِ الْمَلِكِ. هَاهُنَا رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَبْطَلَ تَدْيِيرَهُ بِالْقَوْلِ وَهُوَ يَنْتَزِلُ عَلَى أَحَدِ أَمْرَيْنِ إِمَّا أَنْ الْوَصِيَّةَ لَا تَبْطُلُ بِزَوَالِ الْمَلِكِ مُطْلَقًا بَلْ تَعُودُ بِعَوْدِهِ وَإِمَّا أَنْ هَذَا حُكْمُ الْوَصِيَّةِ بِالْعَتَقِ خَاصَّةً.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: عَبْدِي فَلَانٌ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِسَنَةِ فَهَلْ يَصِحُّ وَيُعْتَقُ بَعْدَ مَوْتِهِ بِسَنَةِ أَمْ يَبْطُلُ ذَلِكَ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ بِنَاهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ فَإِنْ قُلْنَا: التَّدْيِيرُ وَصِيَّةٌ صَحَّ تَقْيِيدُهَا بِصِفَةِ أُخْرَى تَوْجَدُ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَإِنْ قُلْنَا: عَتَقُ بِصِفَةٍ لَمْ يَصِحَّ ذَلِكَ. وَهَؤُلَاءِ قَالُوا: لَوْ صَرَّحَ بِالتَّعْلِيقِ فَقَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي بِسَنَةِ فَأَنْتَ حُرٌّ لَمْ يُعْتَقْ رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ عَقِيلٍ فِي إِشَارَتِهِ وَالصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا الْخِلَافَ لَيْسَ مَبْنِيًّا عَلَى هَذَا الْأَصْلِ فَإِنَّ التَّدْيِيرَ وَالتَّعْلِيقَ بِالصَّفَةِ إِمَّا يَبْطُلُ بِالْمَوْتِ مَعَ الْإِطْلَاقِ؛ لِأَنَّ مُقْتَضَى الْإِطْلَاقِ وَجُودُ الصَّفَةِ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ فَأَمَّا مَعَ التَّنْفِيزِ بِمَا يَمْنَعُ بَعْدَ الْمَوْتِ فَتَنْفِيزُهُ بِهِ وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ جَعَلَ هَذَا الْعَقْدَ تَدْيِيرًا وَمِنْهُمْ مَنْ يَنْفِي ذَلِكَ وَلَهُمْ فِي حِكَايَةِ الْخِلَافِ فِيهِ أَرْبَعَةُ طُرُقٍ قَدْ ذَكَّرْنَاهَا فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَاتَبَ مُدْبِرُهُ فَهَلْ يَكُونُ رُجُوعًا عَنِ التَّدْيِيرِ؟ إِنْ قُلْنَا: عَتَقُ بِصِفَةٍ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا، وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ وَصِيَّةٌ أَنْبَى عَلَى أَنَّ كِتَابَةَ الْمُوصِي بِهِ هَلْ تَكُونُ رُجُوعًا فِيهِ؟ وَجَهَانٌ أَشْهَرُهُمَا أَنَّهُ رُجُوعٌ وَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ كِتَابَةَ الْمُدْبِرِ لَيْسَتْ رُجُوعًا عَنِ تَدْيِيرِهِ وَنَقَلَ ابْنُ الْحَكَمِ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ رُجُوعٌ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى بِعَبْدِهِ ثُمَّ دَبَّرَهُ فِيهِ وَجَهَانٌ أَشْهَرُهُمَا أَنَّهُ رُجُوعٌ عَنِ الْوَصِيَّةِ وَالثَّانِي لَيْسَ بِرُجُوعٍ فَعَلَى هَذَا فَائِلَةُ الْوَصِيَّةِ بِهِ أَنَّهُ لَوْ أَبْطَلَ تَدْيِيرَهُ بِالْقَوْلِ لَاسْتَحَقَّهُ الْمُوصِي لَهُ ذِكْرَهُ فِي الْمُغْنِيِّ وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: يَنْبَنِي عَلَى أَنَّ التَّدْيِيرَ هَلْ هُوَ عَتَقُ بِصِفَةٍ أَوْ وَصِيَّةٌ فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ عَتَقُ بِصِفَةٍ قُدِّمَ عَلَى الْمُوصِي بِهِ وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ وَصِيَّةٌ فَقَدْ اَزْدَحَمَتْ وَصِيَّتَانِ فِي هَذَا الْعَبْدِ فَيَنْبَنِي عَلَى أَنَّ الْوَصَايَا الْمُزْدَحِمَةَ إِذَا كَانَ بَعْضُهَا عِتْقًا هَلْ يَقْدَمُ أَوْ يَتَحَاصُّ الْعِتْقُ وَغَيْرُهُ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ فَإِنْ قُلْنَا: بِالْمُحَاصَّةِ فَهُوَ كَمَا لَوْ دَبَّرَ نِصْفَهُ وَوَصَّى بِنِصْفِهِ وَيَصِحُّ ذَلِكَ عَلَى الْمَنْصُوصِ، انْتَهَى. وَقَدْ يُقَالُ: الْمُوصَى لَهُ إِنْ قِيلَ: لَا يَمْلِكُ حَتَّى يَقْبَلَ فَقَدْ سَبَقَ زَمَنُ الْعِتْقِ لَزَمَنِ مِلْكِهِ فَيَنْفَدُ، وَإِنْ قِيلَ: يَمْلِكُ مِنْ حِينِ الْمَوْتِ فَقَدْ قَارَنَ زَمَنُ مِلْكِهِ زَمَنَ الْعِتْقِ

فَيَبْنِي تَقْدِيمُ الْعِتْقِ كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي مَسْأَلَةٍ مِّنْ عِتْقِ عَبْدِهِ بِيَعِهِ.

وَمِنْهَا: الْوَصِيَّةُ بِالْمُدَبِّرِ وَالْمَذْهَبُ أَنَّهَا لَا تَصِحُّ ذِكْرُهُ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي خِلَافِهِمَا؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ الطَّارِئَ إِذَا أَبْطَلَ الْوَصِيَّةَ عَلَى الْمَشْهُورِ فَكَيْفَ يَصِحُّ طَرَبَانِ الْوَصِيَّةَ عَلَى التَّدْبِيرِ وَمُزَاحَمَتُهَا لَهُ؟ وَبَنَى الشَّيْخُ هَذِهِ الْمَسَائِلَ أَيْضًا عَلَى الْأَصُولِ السَّائِقَةِ.

وَمِنْهَا: وَلَكِنَّ الْمُدَبِّرَةَ وَالْمَشْهُورَ أَنَّهُ يَتَّبِعُهَا فِي التَّدْبِيرِ كَمَا وَلَدَتْهُ بَعْدَهُ سَوَاءٌ كَانَ مَوْجُودًا حَالِ التَّعْلِيْقِ أَوْ الْعِتْقِ أَوْ حَادِثًا بَيْنَهُمَا وَحَكَى الْقَاضِي فِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ فِي تَبْعِيَّةِ الْوَلَدِ رَوَايَتَيْنِ وَبَنَاهُمَا عَلَى أَنَّ التَّدْبِيرَ هَلْ هُوَ عِتْقٌ لَّازِمٌ كَالِاسْتِيلَادِ وَمِنْ هُنَا قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِبَاهِهِ تَبْعِيَّةُ الْوَلَدِ مَبْنِيٌّ عَلَى لُزُومِ التَّدْبِيرِ وَخَرَجَ أَبُو الْخَطَّابِ وَجْهًا أَنَّهُ لَا يَتَّبِعُهَا الْحَادِثُ بَيْنَهُمَا وَإِنَّمَا يَتَّبِعُهَا إِذَا كَانَ مَوْجُودًا مَعَهَا فِي أَحَدِهِمَا مِنْ حُكْمٍ وَلَكِنَّ الْمُعْلَقَ عِتْقُهَا بِصِفَةِ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ التَّدْبِيرَ تَعْلِيْقٌ بِصِفَةٍ فَيَبْنِي عَلَى هَذَا أَنَّ يُخْرَجَ طَرِيقَةً أُخْرَى أَنَّهُ لَا يَتَّبِعُهَا الْوَلَدُ الْحَادِثُ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ خِلَافٍ وَإِنَّمَا كَانَ مَوْجُودًا فِي أَحَدِ الْحَالَيْنِ فَهَلْ يَتَّبِعُهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ الْمُدَبِّرَ وَصِيَّةٌ وَحُكْمٌ وَلَكِنَّ الْمُوصَى بِهَا كَذَلِكَ وَعِنْدَ الْأَصْحَابِ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَحَدَ السَّيِّدُ التَّدْبِيرَ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَيْسَ بِرُجُوعٍ وَقَالَ الْأَصْحَابُ: إِنْ قُلْنَا: هُوَ عِتْقٌ بِصِفَةٍ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ وَصِيَّةٌ فَوَجْهَانِ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ جَحْدَ الْمُوصِي الْوَصِيَّةَ هَلْ هُوَ رُجُوعٌ أَمْ لَا؟

الرَّابِعَةُ عَشْرَةَ: نَفَقَةُ الْحَامِلِ هَلْ هِيَ وَاجِبَةٌ لَهَا أَوْ لِحَامِلِهَا فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ مَشْهُورَتَانِ أَصَحُّهُمَا أَنَّهَا لِلْحَمَلِ وَهِيَ اخْتِيَارُ الْخِرَفِيِّ وَأَبِي بَكْرٍ، وَيُسْنِي عَلَيْهَا فَوَائِدُ.

مِنْهَا: إِذَا كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ رَقِيقًا، فَإِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلزَّوْجَةِ وَجَبَتْ لَهَا عَلَى الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ زَوْجَةِ الْعَبْدِ فِي كَسْبِهِ أَوْ تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ حَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ إِجْمَاعًا وَفِي الْهَدَايَةِ نَفَقَةُ زَوْجَتِهِ عَلَى سَيِّدِهِ فَتَجِبُ هَاهُنَا عَلَى السَّيِّدِ، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمَلِ لَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ هُوَ الرَّقِيقُ فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ أَقَارِبِهِ وَإِنْ كَانَتْ هِيَ الرَّقِيقَةُ فَالْوَلَدُ مَمْلُوكٌ لِّسَيِّدِ الْأُمَةِ فَتَفَقَّهَتْ عَلَى مَا لَكَ.

وَمِنْهَا: إِذَا كَانَ الزَّوْجُ مُعْسِرًا فَإِنْ قُلْنَا: لِلزَّوْجَةِ وَجَبَتْ عَلَيْهِ وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمَلِ لَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ الْأَقَارِبِ مَشْرُوطَةٌ بِالْيَسَارِ دُونَ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَاتَ الزَّوْجُ فَهَلْ يَلْزَمُ أَقَارِبُهُ النَّفَقَةُ إِنْ قُلْنَا: هِيَ لِلْحَمَلِ لَرِمَتْ الْوَرِثَةُ وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ لِلزَّوْجَةِ لَمْ يَلْزَمُهُمْ بِحَالٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ غَابَ الزَّوْجُ فَهَلْ تَثْبُتُ النَّفَقَةُ فِي ذِمَّتِهِ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: إِنْ قُلْنَا: هِيَ لِلزَّوْجَةِ ثَبَّتْ فِي ذِمَّتِهِ وَلَمْ تَسْقُطْ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ عَلَى الْمَشْهُورِ مِنَ الْمَذْهَبِ وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ لِلْحَمَلِ سَقَطَتْ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ الْأَقَارِبِ لَا تَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ. وَالثَّانِي: لَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ وَهِيَ طَرِيقَةُ الْمُغْنِي وَعَلَّلَ بِأَنَّهَا مَصْرُوفَةٌ إِلَى الزَّوْجِ وَيَتَعَلَّقُ حَقُّهَا بِهَا فَهِيَ كَنَفَقَتِهَا. وَيَشْهَدُ لَهُ قَوْلُ الْأَصْحَابِ لَوْ لَمْ يُنْفَقْ عَلَيْهَا يَظُنُّهَا حَائِلًا ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهَا حَامِلٌ لَزِمَ نَفَقَةُ الْمَاضِي.

وَمِنْهَا: إِذَا اخْتَلَعَتِ الْحَامِلُ بِنَفَقَتِهَا فَهَلْ يَصِحُّ جَعْلُ النَّفَقَةِ عِوَضًا لِلْخُلْعِ. قَالَ الشَّيْخُ الرَّازِيُّ: إِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لَهَا تَصَحُّ وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمَلِ لَمْ تَصَحَّ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَمْلِكْهَا. وَقَالَ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ: يَصَحُّ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّهَا مَصْرُوفَةٌ إِلَيْهَا وَهِيَ الْمُسْتَفْعَةُ بِهَا. وَمِنْهَا: لَوْ نَشَزَتِ الزَّوْجَةُ حَامِلًا فَإِنْ قُلْنَا: نَفَقَةُ الْحَمَلِ لَهَا سَقَطَتْ بِالنُّشُوزِ وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمَلِ لَمْ تَسْقُطْ بِهِ.

وَمِنْهَا: الْحَامِلُ مِنْ وَطْءِ الشَّيْثَةِ أَوْ نِكَاحِ فَاسِدٍ فَهَلْ تَجِبُ نَفَقَتُهَا عَلَى الْوَاطِئِ إِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لَهَا لَمْ تَجِبْ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ لَا تَجِبُ لِلْمَوْطُوءَةِ بِشَيْئَةٍ وَلَا فِي نِكَاحِ فَاسِدٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتِمَّكَّنُ مِنَ الْاِسْتِمْتَاعِ بِهَا إِلَّا أَنْ يُسْكِنَهَا فِي مَنْزِلٍ يَلِيقُ بِهَا تَحْصِينًا لِمَا فِيهِ فَلِزِمُهَا ذَلِكَ ذِكْرُهُ فِي الْمُحَرَّرِ وَتَجِبُ لَهَا النَّفَقَةُ حَيْثُ ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ. وَإِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَمَلِ وَجِبَتْ لِأَنَّ النَّسَبَ لَاحِقٌ بِهَذَا الْوَاطِئِ وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْحَكَمِ عَلَى وَجُوبِ النَّفَقَةِ لَهَا وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: يَتَوَجَّهُ وَجُوبُ النَّفَقَةِ لَهَا مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ حَمَلٍ كَمَا يَجِبُ لَهَا الْمَهْرُ الْمُسَمَّى وَيَتَقَرَّرُ بِالْخُلُوعِ عَلَى الْمَنْصُوصِ لِأَنَّهَا مَحْبُوسَةٌ عَلَيْهِ فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ وَلَا تَتَزَوَّجُ عِنْدَنَا بِدُونِ طَلَاقِهِ وَقَاسَهُ عَلَى الْعَبْدِ الْمَقْبُوضِ بِعَقْدِ فَاسِدٍ، وَلَوْ أَلْزَمَ حَاكِمٌ بِالنَّفَقَةِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ لَا عِتْقَادَ صِحَّتِهِ فَلِلزَّوْجِ الرَّجُوعُ بِالنَّفَقَةِ عِنْدَ مَنْ يَرَى فُسَادَهُ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ وَذَكَرَ صَاحِبُ الْمُغْنِي احْتِمَالًا بِعَدَمِ الرَّجُوعِ؛ لِأَنَّهُ نَقَضُ لِلْحَكَمِ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ وَلَا يَجُوزُ مَا لَمْ يُخَالَفْ كِتَابًا أَوْ إجماعًا. وَذَكَرَ فِي الْمُغْنِي أَيْضًا أَنَّهُ لَوْ اتَّفَقَ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ لَمْ يَرْجِعْ؛ لِأَنَّهُ إِنْ عَلِمَ فُسَادَهُ كَانَ مُتَبَرِّعًا وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَهُوَ مُقَرَّطٌ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ الْحَمَلُ مُوسِرًا بِأَنْ يُوصِي لَهُ بِشَيْءٍ يَقْبَلُهُ الْآبُ فَإِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لَهُ سَقَطَتْ نَفَقَتُهُ عَنْ أَبِيهِ وَإِنْ قُلْنَا: لِأُمِّهِ لَمْ تَسْقُطْ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ دَفَعَ إِلَيْهَا التَّقَّةَ فَتَلَفَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ فَإِنْ قُلْنَا: التَّقَّةُ لَهَا لَمْ يَلْزَمْ بَدْلُهَا وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمْلِ وَجِبَ إِبْدَالُهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حُكْمُ نَفَقَةِ الْأَقَارِبِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَعْتَقَ الْحَامِلَ مِنْ مِلْكٍ يَمِينِهِ فَهَلْ يَلْزَمُهُ نَفَقَتُهَا إِنْ قُلْنَا: التَّقَّةُ لَهَا لَمْ تَجِبْ إِلَّا حَيْثُ تَجِبُ نَفَقَةُ الْعَتَقِ وَإِنْ قُلْنَا: التَّقَّةُ لِلْحَمْلِ وَجِبَتْ بِكُلِّ حَالٍ.

وَمِنْهَا: فِطْرَةُ الْمُطَلَّقةِ الْحَامِلِ إِنْ قُلْنَا: التَّقَّةُ لَهَا وَجِبَتْ لَهَا الْفِطْرَةُ وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمْلِ فِطْرَةُ الْحَمْلِ عَلَى أَبِيهِ غَيْرُ وَاجِبَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ

وَمِنْهَا: هَلْ تَجِبُ السُّكْنَى لِلْمُطَلَّقةِ الْحَامِلِ إِنْ قُلْنَا: التَّقَّةُ لَهَا فَلَهَا السُّكْنَى أَيْضًا وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمْلِ فَلَا سَكْنَى لَهَا ذَكَرَهُ الْحُلَوَانِيُّ فِي التَّبَصُّرَةِ.

وَمِنْهَا: نَفَقَةُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا، وَفِي وَجُوبِهَا رَوَايَتَانِ بِنَاهُمَا ابْنُ الزَّاغُونِي عَلَى هَذَا إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: فَإِنْ قُلْنَا: التَّقَّةُ لِلْحَمْلِ وَجِبَتْ مِنَ التَّرَكَةِ كَمَا لَوْ كَانَ الْأَبُ حَيًّا وَإِنْ قُلْنَا: لِلْمَرْأَةِ لَمْ تَجِبْ وَهَذَا لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ الْأَقَارِبِ لَا تَجِبُ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْأَمْرَ بِالْعَكْسِ وَهُوَ أَنَّ إِنْ قُلْنَا: لِلْحَمْلِ لَمْ يَجِبْ لِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا لِهَذَا الْمَعْنَى وَإِنْ قُلْنَا: لِلْمَرْأَةِ وَجِبَتْ؛ لِأَنَّهَا مُحْبُوسَةٌ عَلَى الْمَيِّتِ لِحَقِّهِ فَتَجِبُ نَفَقَتُهَا مِنْ مَالِهِ وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُ ذَلِكَ فِي قَاعِدَةِ الْحَمْلِ هَلْ لَهُ حُكْمٌ أَمْ لَا؟.

وَمِنْهَا: الْبَائِنُ فِي الْحَيَاةِ يَفْسَخُ أَوْ طَلَّاقٍ إِذَا كَانَتْ حَامِلًا فَلَهَا التَّقَّةُ وَحَكَى الْحُلَوَانِيُّ وَابْنَهُ رَوَايَةً أَنَّهُ لَا نَفَقَةَ لَهَا كَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا وَخَصَّهَا ابْنُهُ بِالْمَبْتُوتَةِ بِالثَّلَاثِ وَبَنَاهَا عَلَى أَنَّ التَّقَّةَ لِلْمَرْأَةِ وَالْمَبْتُوتَةُ لَا تَسْتَحِقُّ نَفَقَةً، إِنَّمَا تَسْتَحِقُّ التَّقَّةَ إِذَا قُلْنَا: هِيَ لِلْحَمْلِ وَهَذَا مُتَوَجِّهٌ فِي الْقِيَاسِ إِلَّا أَنَّهُ ضَعِيفٌ مُخَالَفٌ لِلنَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ فِيمَا أَظُنُّ وَوُجُوبُ التَّقَّةِ لِلْمَبْتُوتَةِ الْحَامِلِ يُرْجِحُ الْقَوْلَ بِأَنَّ التَّقَّةَ لِلْحَمْلِ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةٌ عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ فَبَانَتْ أَمَةً وَهُوَ مِمَّنْ يَبَاحُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ فَفَسَخَ بَعْدَ الدُّخُولِ وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ فَفِي كِتَابِ النِّكَاحِ مِنَ الْمُجَرَّدِ هُوَ النِّكَاحُ الْفَاسِدُ إِنْ قُلْنَا: التَّقَّةُ لِلْحَمْلِ وَجِبَتْ عَلَى الزَّوْجِ وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَامِلِ لَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ ذِكْرُهُ فِي النِّفَقَاتِ مَا يَدُلُّ عَلَى وَجُوبِهَا عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ هَذَا نِكَاحٌ صَحِيحٌ فَيَلْزَمُ فِيهِ التَّقَّةُ وَفِي عِدَّتِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَطِئَتْ الرَّجْعِيَّةُ بِشَبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ ثُمَّ بَانَ بِهَا حَمْلٌ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الزَّوْجِ وَالْوَأْطِئُ فَيَلْزَمُهَا أَنْ تَعْتَدَ بَعْدَ وَضْعِهِ عِدَّةَ الْوَأْطِئِ فَأَمَّا نَفَقَتُهَا فِي مَدَّةِ هَذِهِ الْعِدَّةِ فَإِنْ قُلْنَا: التَّقَّةُ لِلْحَمْلِ فَعَلَيْهِمَا التَّقَّةُ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ لِأَحَدِهِمَا يَقِينًا وَلَا نَعْلَمُ

عَيْنُهُ وَلَا تَرْجِعُ الْمَرْأَةُ عَلَى الزَّوْجِ شَيْءٌ مِنَ الْمَاضِي، وَإِنْ قُلْنَا: لَا نَفَقَةَ لِلْحَامِلِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّةَ الْحَمْلِ؛ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ مِنَ الزَّوْجِ فَيَلْزِمُهُ النَّفَقَةُ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ مِنَ الْآخَرِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَيْهِ فَلَا تَجِبُ بِالشَّكِّ إِذَا وَضَعَتْهُ فَقَدْ عَلِمْنَا أَنَّ النَّفَقَةَ عَلَى أَحَدِهِمَا وَهُوَ غَيْرُ مُعَيَّنٍ فَيَلْزِمُهُمَا جَمِيعًا النَّفَقَةُ حَتَّى يَنْكَشِفَ الْأَبُ مِنْهُمَا. وَتَرْجِعُ الْمَرْأَةُ عَلَى الزَّوْجِ بَعْدَ الْوَضْعِ بِنَفَقَةِ أَقْصَرِ الْمُدَّتَيْنِ مِنْ مُدَّةِ الْحَمْلِ أَوْ قَدَرِ مَا بَقِيَ مِنَ الْعِدَّةِ بَعْدَ الْوَطْءِ الْفَاسِدِ؛ لِأَنَّهَا تَعْتَدُّ عَنْهُ بِأَحَدِهِمَا قَطْعًا ثُمَّ إِذَا زَالَ الْإِشْكَالُ وَالْحَقِيقَةُ الْقَافَةُ بِأَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ عُمِلَ بِمُقْتَضَى ذَلِكَ فَإِنْ كَانَ مَعَهَا وَفَقُ حَقُّهَا مِنَ النَّفَقَةِ وَإِلَّا رَجَعَتْ عَلَى الزَّوْجِ بِالْفَضْلِ وَلَوْ كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا فَالْحَكْمُ كَمَا تَقَدَّمَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ أَنَّهُ لَا تَرْجِعُ الْمَرْأَةُ بَعْدَ الْوَضْعِ شَيْءٌ عَلَى الزَّوْجِ سِوَاءَ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ أَوْ لِلْحَامِلِ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ لَا تُسْتَحَقُّ مَعَ الْبَيْتُونَةِ إِلَّا بِالْحَمْلِ وَهُوَ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ هُنَا أَنَّهُ مِنْهُ بِخِلَافِ الرَّجْعِيَّةِ ذَكَرَ ذَلِكَ كُلُّهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ. وَلَوْ قِيلَ فِي صُورَةِ الرَّجْعِيَّةِ إِذَا قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ إِنَّهَا تَجِبُ عَلَى مَنْ خَرَجَتْ عَلَيْهِ الْفُرْعَةُ مِنَ الزَّوْجِ وَالْوَاطِئِ وَكَذَا بَعْدَ الْوَضْعِ وَقَبْلَ ثُبُوتِ نَسَبِهِ مِنْ أَحَدِهِمَا لِيُوجِبَهُ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا جَمِيعًا فَتَمْتَنِعُ الْفُرْعَةُ عَلَى أَحَدِهِمَا لِذَلِكَ وَمَتَى ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْ أَحَدِهِمَا فَقَالَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنَ الْمُجَرَّدِ: يَرْجِعُ عَلَيْهِ الْآخَرُ بِمَا أَتَّفَقَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّفَقْ مُتَبَرِّعًا وَقِيْدُهُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنْهُ بِأَنَّهُ يَشْتَرِطُ الرَّجُوعُ وَيَتَّفِقُ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ فَإِنْ شَرِطَ الرَّجُوعُ وَأَتَّفَقَ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ حَاكِمٍ فَعَلَى رَوَابِيتِنِ كَقَضَاءِ الدِّينِ وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ مُسْتَوْفَى فِي الْقَوَاعِدِ وَالصَّحِيحِ هُنَا الرَّجُوعُ مُطْلَقًا لِأَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فِي الظَّاهِرِ وَقَدْ ذَكَرَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ أَنَّ الْمُلَاعِنَةَ لَوْ أَتَّفَقَتْ عَلَى الْوَلَدِ ثُمَّ اسْتَلْحَقَهُ الْمُلَاعِنُ رَجَعَتْ عَلَيْهِ لِأَنَّهَا إِنَّمَا أَتَّفَقَتْ لِظَنِّهَا أَنَّهُ لَا أَبَ لَهُ وَأَمَّا إِذَا قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَامِلِ فَإِنَّا لَمْ نُوجِبْ لَهَا النَّفَقَةَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّ الْحَامِلَ لَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَى الْوَاطِئِ بِشُبْهَةٍ أَوْ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ كَمَا سَبَقَ وَالزَّوْجُ لَيْسَ بِمُتَمَكِّنٍ مِنَ الْاسْتِمْتَاعِ بِهَا فِي حَالَةِ الْحَمْلِ؛ لِأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ إِذَا حَمَلَتْ فِي عِدَّةٍ مِنْ شُبْهَةٍ انْقَطَعَتْ عِدَّةُ الزَّوْجِ مِنْ مُدَّةِ الْحَمْلِ وَحَرَّمَ عَلَى الزَّوْجِ الْاسْتِمْتَاعَ بِهَا وَهَلْ لَهُ رَجْعَتُهَا فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ لِبَقَاءِ بَقِيَّةِ عِدَّتِهِ عَلَيْهَا عَلَى وَجْهَيْنِ وَجَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِالْمَنْعِ وَرَجَّحَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ الْجَوَازَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ لَا نَفَقَةَ لَهَا لِتَحْرِيمِ الْاسْتِمْتَاعِ بِهَا عَلَى الزَّوْجِ سِوَاءَ كَانَتْ مَكْنَتُ مِنَ الْوَطْءِ أَوْ لَا فَإِنَّهُ لَوْ غَضِبَهَا غَاصِبٌ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا.

الخَامِسَةُ عَشْرَةَ: الْقَتْلُ الْعَمْدُ هَلْ مُوجِبُهُ الْقَوْدُ عَنْهَا أَوْ أَحَدُ أَمْرَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَابِيتَانِ

وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُهُمَا وَفَوَاقِدُهُمَا فِي الْقَوَاعِدِ بِمَا يُغْنِي عَنْهُ.

السَّادِسَةُ عَشَرَ: الْمُرْتَدُّ هَلْ يَزُولُ مِلْكُهُ بِالرَّدَّةِ أَمْ لَا؟ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: لَا يَزُولُ مِلْكُهُ بَلْ هُوَ بَاقٍ عَلَيْهِ كَالْمُسْتَمِرِّ عَلَى عِصْمَتِهِ. وَالثَّانِيَةُ: تَزُولُ وَفِي وَقْتِ زَوَالِهِ رَوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: مِنْ حِينَ مَوْتِهِ مُرْتَدًّا. وَالثَّانِيَةُ: مِنْ حِينَ رَدَّتْهُ فَإِنْ أَسْلَمَ أُعِيدَ إِلَيْهِ مَالُهُ مِلْكًا جَدِيدًا وَهِيَ اخْتِيارُ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى رَوَايَةُ ثَالِثَةٌ أَنَا نَتَّبِعُ بِمَوْتِهِ مُرْتَدًّا زَوَالَ مِلْكِهِ مِنْ حِينَ الرَّدَّةِ.

وَلِهَذَا الْاِخْتِلَافُ فَوَاقِدُ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: لَوْ ارْتَدَّ فِي أَثْنَاءِ حَوْلِ الزَّكَاةِ فَإِنْ قُلْنَا: زَالَ مِلْكُهُ بِالرَّدَّةِ انْقَطَعَ الْحَوْلُ بِغَيْرِ تَرَدُّو. وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَزُولُ فَالْمَشْهُورُ أَنَّ الزَّكَاةَ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ وَإِنْ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ فَيَنْقَطِعُ الْحَوْلُ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ مِنْ شَرَائِطِ وَجُوبِ الزَّكَاةِ فَيُعْتَبَرُ وَجُودُهُ فِي جَمِيعِ الْحَوْلِ. وَحَكَى ابْنُ شَاقِلَةَ رَوَايَةً أَنَّهُ تَجِبُ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ إِذَا عَادَ لَمَّا مَضَى مِنَ الْأَحْوَالِ وَاخْتَارَهَا ابْنُ عَقِيلٍ وَإِنْ ارْتَدَّ بَعْدَ الْحَوْلِ لَمْ تَسْقُطْ عَنْهُ إِلَّا إِذَا عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ وَقُلْنَا: إِنَّ الْمُرْتَدَّ لَا يَلْزَمُهُ قَضَاءُ مَا تَرَكَهُ قَبْلَ الرَّدَّةِ مِنَ الْوَأَجِبَاتِ وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ خِلَافُهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ ارْتَدَّ الْمُعْسِرُ ثُمَّ أَيْسَرَ فِي زَمَنِ ارْتِدَائِهِ ثُمَّ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ وَقَدْ أَعْسَرَ فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ مِلْكَهُ يَزُولُ بِالرَّدَّةِ لَمْ يَلْزَمَهُ الْحَجُّ بِالسَّارِ السَّابِقِ وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَزُولُ مِلْكُهُ فَهَلْ يَلْزَمُهُ الْحَجُّ بِذَلِكَ السَّارِ فَيَنْبَغِي عَلَيْهِ وَجُوبُ الْعِبَادَاتِ عَلَيْهِ فِي حَالِ الرَّدَّةِ وَلِلزَّامَةِ قَضَاءُهَا بَعْدَ عَوْدِهِ إِلَى الْإِسْلَامِ وَالصَّحِيحُ عَدَمُ الْوُجُوبِ فَلَا يَكُونُ بِذَلِكَ مُسْتَطَبًا.

وَمِنْهَا: حُكْمُ تَصَرُّفَاتِهِ بِالْمُعَاوَضَاتِ وَالتَّبَرُّعَاتِ وَغَيْرِهَا فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَزُولُ مِلْكُهُ بِحَالٍ فَهِيَ صَحِيحَةٌ نَافِذَةٌ وَإِنْ قُلْنَا: يَزُولُ بِمَوْتِهِ أَقَرَّ الْمَالُ بِيَدِهِ فِي حَيَاتِهِ وَنَفَذَتْ مُعَاوَضَاتُهُ وَوَقَفَتْ تَبَرُّعَاتُهُ الْمُنْجِزَةُ وَالْمُعَلَّقَةُ بِالْمَوْتِ إِذَا مَاتَ رَدَّتْ كُلُّهَا وَإِنْ لَمْ تَبْلُغِ الثُّلُثَ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الرَّدَّةِ حُكْمُ الْمَرَضِ الْمَخُوفِ وَإِنَّمَا لَمْ تَنْفُذْ مِنْ ثُلُثِهِ؛ لِأَنَّ مَالَهُ يَصِيرُ فَيَتَا بِمَوْتِهِ مُرْتَدًّا وَإِنْ قُلْنَا: يَزُولُ مِلْكُهُ فِي الْحَالِ جُعِلَ فِي بَيْتِ الْمَالِ وَلَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ بِحَالٍ لَكِنْ إِذَا أَسْلَمَ رُدَّ إِلَيْهِ مِلْكًا جَدِيدًا وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ مَوْقُوفٌ مُرَاعَى حِفْظِ الْحَاكِمِ مَالَهُ وَوَقَفَتْ تَصَرُّفَاتُهُ كُلُّهَا فَإِنْ أَسْلَمَ أَمْضِيَتْ وَإِلَّا نَبَيْتًا فَسَادَهَا. نَتَّبِعُهُ إِنَّمَا تَبْطُلُ تَصَرُّفَاتُهُ لِنَفْسِهِ فِي مَالِهِ فَلَوْ تَصَرَّفَ لِغَيْرِهِ بِالْوَكَالَةِ صَحَّ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ؛ لِأَنَّ إِبْطَالَ تَصَرُّفَاتِهِ إِنَّمَا هُوَ لِزَوَالِ

مِلْكِهِ وَلَا أَثَرَ لِذَلِكَ فَيَتَصَرَّفُ بِالْوَكَالَةِ، نَعَمْ لَوْ كَانَ قَدْ وَكَّلَ وَكَيْلًا ثُمَّ ارْتَدَّ وَقُلْنَا: يَزُولُ مِلْكُهُ بَطْلَتْ وَكَالَتُهُ وَلَوْ تَصَرَّفَ لِنَفْسِهِ بِنِكَاحٍ لَمْ يَصِحَّ لِأَنَّ الرَّدَّةَ تَمْنَعُ الْإِقْرَارَ عَلَى النِّكَاحِ وَإِنْ زَوَّجَ مُوَلَّيَّتُهُ لَمْ يَصِحَّ لِزَوَالِ وَلَايَتِهِ بِالرَّدَّةِ حَتَّى عَنْ أُمِّهِ الْكَافِرَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ شِقْصًا مَشْفُوعًا فِي الرَّدَّةِ فَإِنْ قُلْنَا: بِصِحَّةِ بَيْعِهِ أَخَذَ مِنْهُ بِالشُّعْعَةِ وَإِلَّا فَلَا وَلَوْ بَاعَ فِي زَمَنِ رَدِّهِ شِقْصًا فَجُعِلَ فِي تَرْكِهِ فَإِنْ قُلْنَا: مِلْكُهُ بَاقٍ أَخَذَ بِالشُّعْعَةِ وَإِلَّا فَلَا. وَمِنْهَا: لَوْ حَازَ مَبَاحًا أَوْ عَمِلَ عَمَلًا بِأَجْرٍ فَإِنْ قُلْنَا: مِلْكُهُ بَاقٍ مَلِكٌ ذَلِكَ وَإِنْ قُلْنَا: زَالَ مِلْكُهُ لَمْ يَمْلِكْهُ فَإِنْ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ بَعْدَ ذَلِكَ فَهَلْ يَعُودُ مِلْكُهَا إِلَيْهِ؟ فِيهِ احْتِمَالَانِ مَذْكُورَانِ فِي الْمُعْنَى.

وَمِنْهَا: الْوَصِيَّةُ لَهُ وَفِي صِحَّتِهَا وَجْهَانِ بِنَاءً عَلَى زَوَالِ مِلْكِهِ وَبَقَائِهِ فَإِنْ قُلْنَا: زَالَ مِلْكُهُ لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ لَهُ وَإِلَّا صَحَّتْ.

وَمِنْهَا: مِيرَاثُهُ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَزُولُ مِلْكُهُ بِحَالٍ فَهُوَ لَوَرَّثِهِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَوْ مِنْ دِينِهِ الَّذِي اخْتَارَهُ عَلَى اخْتِلَافِ الرِّوَايَتَيْنِ فِي ذَلِكَ وَإِنْ قُلْنَا: يَزُولُ مِلْكُهُ مِنْ حِينِ الرَّدَّةِ أَوْ بِالمَوْتِ فَمَالُهُ فِي لَيْسَ لَوَرَّثِهِ مِنْهُ شَيْءٌ.

وَمِنْهَا: نَفَقَةُ مَنْ تَلْزِمُهُ نَفَقَتُهُ، فَإِنْ قُلْنَا: مِلْكُهُ بَاقٍ وَلَوْ فِي حَيَاتِهِ أَوْ مُرَاعَى اتَّفَقَ عَلَيْهِمْ مَنْ مَالِهِ مُدَّةُ الرَّدَّةِ، وَإِنْ قُلْنَا: زَالَ بِالرَّدَّةِ فَلَا نَفَقَةَ لَهُمْ مِنْهُ فِي مُدَّةِ الرَّدَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ.

وَمِنْهَا: قَضَاءُ دَيْوْنِهِ وَهُوَ كَالنَّفَقَةِ يَقْضِي دَيْوْنَهُ عَلَى الرِّوَايَاتِ كُلِّهَا إِلَّا عَلَى رَوَايَةِ زَوَالِ مِلْكِهِ مِنْ حِينِ الرَّدَّةِ فَلَا تَقْضَى مِنْهُ الدِّيُونُ الْمُتَجَدِّدَةُ فِي الرَّدَّةِ وَتَقْضَى مِنْهُ الدِّيُونُ الْمَاضِيَةُ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ فَيْئًا مَا فَضَلَ عَنْ آدَاءِ دَيْوْنِهِ وَنَفَقَاتِ مَنْ يَلْزِمُهُ نَفَقَتُهُ لِأَنَّ هَذِهِ الْحَقُوقَ لَا يَجُوزُ تَعْطِيلُهَا فَيُؤَخَذُ مِنْ مَالِهِ وَيَصِيرُ الْبَاقِي فَيْئًا.

وَمِنْهَا: لَوْ دَبَّرَ عَبْدًا ثُمَّ ارْتَدَّ السَّيِّدُ ثُمَّ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَزُولُ مِلْكُهُ فَالتَّدْبِيرُ بِحَالِهِ وَإِنْ قُلْنَا: زَالَ مِلْكُهُ انْبَنَى عَلَى أَنَّ زَوَالَ الْمَلِكِ عَلَى الْمُدَبِّرِ هَلْ يُبْطِلُ تَدْبِيرَهُ أَمْ لَا وَجَزَمَ ابْنُ أَبِي مُوسَى بِبُطْلَانِ تَدْبِيرِهِ.

السَّابِعَةُ عَشْرَةَ: الْكُفَّارُ هَلْ يَمْلِكُونَ أَمْوَالَ الْمُسْلِمِينَ بِالِاسْتِئْذَانِ أَمْ لَا؟ الْمَذْهَبُ عِنْدَ الْقَاضِي أَنَّهُمْ يَمْلِكُونَهَا مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ وَالْمَذْهَبُ عِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ أَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَهَا. وَقَدْ نَقَلَ أَبُو طَالِبٍ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ، وَحَكَى طَائِفَةٌ رَايَتَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ مِنْهُمَا ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُتُونِهِ وَمُفْرَدَاتِهِ وَصَحَّحَ فِيهَا عَدَمَ الْمَلِكِ، وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ

الدِّينَ: إِنَّ أَحْمَدَ لَمْ يَنْصَ عَلَى الْمَلِكِ وَلَا عَلَى عَدَمِهِ وَإِنَّمَا نَصَّ عَلَى أَحْكَامِ أَخَذَ مِنْهَا ذَلِكَ وَالصَّوَابُ أَنَّهُمْ يَمْلِكُونَهَا مِلْكًا مُقَيَّدًا لَا يُسَاوِي أَمْلَاكَ الْمُسْلِمِينَ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَلِهَذَا الْخِلَافُ فَوَائِدُ:

مِنْهَا: أَنَّ مَنْ وَجَدَ مِنَ الْمُسْلِمِينَ عَيْنَ مَالِهِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ أَخَذَهُ مَجَانًا بِغَيْرِ عَوْضٍ وَإِنْ وَجَدَهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَأْخُذُهُ بِغَيْرِ عَوْضٍ وَهَلْ يَسْقُطُ حَقُّهُ مِنْهُ بِالْكُلِّيَّةِ أَوْ يَكُونُ أَحَقُّ بِهِ بِالْثَمَنِ؟ عَلَى رَوَاتِبَيْنِ وَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّهُ أَحَقُّ بِهِ مَجَانًا بِكُلِّ حَالٍ. وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ فِي هَذَا: هُوَ الْقِيَاسُ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَا يَزُولُ إِلَّا بِبُهْةٍ أَوْ صَدَقَةٍ وَلَكِنْ عُمَرُ قَالَ لَا حَقَّ لَهُ فِيهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قُلْنَا: يَمْلِكُونَ أَمْوَالَ الْمُسْلِمِينَ فَغُنِمَتِ مِنْهُمْ وَلَمْ يُعْلَمْ أَرِيَابُهَا مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ قِسْمَتُهَا وَالتَّصَرُّفُ فِيهَا وَمَنْ قَالَ: لَا يَمْلِكُوهَا قِيَاسُ قَوْلِهِ إِنَّهُ لَا يَجُوزُ قِسْمَتُهَا وَلَا التَّصَرُّفُ بَلْ تُوقَفُ كَاللُّقْطَةِ ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ وَغَيْرُهُ وَأَمَّا مَا عُرِفَ مَالِكُهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ قِسْمَتُهُ بَلْ يُرَدُّ إِلَيْهِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ غَيْرِ وَاحِدَةٍ وَقَيْدَ ذَلِكَ مِنْ رَوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ فِيمَا إِذَا كَانَ مَالِكُهُ بِالْقُرْبِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَسْلَمُوا وَفِي أَيْدِيهِمْ أَمْوَالُ الْمُسْلِمِينَ فَهِيَ لَهُمْ نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ وَقَالَ فِي رَوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ لَيْسَ بَيْنَ النَّاسِ اخْتِلَافٌ فِي ذَلِكَ، وَهَذَا يَنْتَزِلُ عَلَى الْقَوْلِ بِالْمَلِكِ فَإِنْ قِيلَ لَا يَمْلِكُونَهَا فَهِيَ لِرَبِّهَا وَمَتَى وَجَدَهَا وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ وَنَفَى صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ الْخِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ فِي الْمَسْأَلَةِ فَكَأَنَّهُ ظَنَّ أَنَّ أَبَا الْخَطَّابِ وَافَقَ عَلَيْهَا فَإِنَّهُ لَمْ يَقِفْ عَلَى الانْتِصَارِ. وَلَعَلَّ مَا أَخَذَهُ أَنَّ الشَّارَعَ مَلَّكَ الْكَافِرَ بِإِسْلَامِهِ مَا فِي يَدِهِ مِنْ أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ يَقُولُهُ: «مَنْ أَسْلَمَ عَلَى شَيْءٍ فَهُوَ لَهُ» فَهَذَا تَمْلِكٌ جَدِيدٌ يَمْلِكُونَهَا بِهِ لَا بِالِاسْتِیْلَاءِ الْأَوَّلِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ هَذَا يَرْجِعُ إِلَى كُلِّ مَا قَبِضَهُ الْكَافِرُ مِنَ الْأَمْوَالِ وَغَيْرِهَا قَبْضًا فَاسِدًا يَعْتَقِدُونَ جَوَازَهُ فَإِنَّهُ يَسْتَقِرُّ لَهُمْ بِالْإِسْلَامِ كَالْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ وَالْأَنْكِحَةِ وَالْمَوَارِيثِ وَغَيْرِهَا وَلِهَذَا لَا يَضْمَنُونَ مَا أَتْلَفُوهُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ مِنَ الثَّقُوسِ وَالْأَمْوَالِ بِالْإِجْمَاعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ لِمُسْلِمٍ أَمْتَانِ أُخْتَانِ فَأَبْقَتْ إِحْدَاهُمَا إِلَى دَارِ الْحَرْبِ فَاسْتَوْلَوْا عَلَيْهَا فَلَهُ وَطْءُ الْبَاقِيَةِ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ زَالَ عَنْ أُخْتِهَا، وَقِيَاسُ قَوْلِ أَبِي الْخَطَّابِ لَا يَجُوزُ حَتَّى يُحْرَمَ الْآبِقَةُ بِعَتَقِ أَوْ نَحْوِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْعَمُ مِنْ وَطْءِ إِحْدَى الْأَخْتَيْنِ ابْتِدَاءً قَبْلَ تَحْرِيمِ الْأُخْرَى.

وَمِنْهَا: لَوْ اسْتَوْلَى الْعَدُوُّ عَلَى مَالِ مُسْلِمٍ ثُمَّ عَادَ إِلَيْهِ بَعْدَ حَوْلٍ أَوْ أَحْوَالٍ فَإِنْ قُلْنَا: مَلِكُوهُ

فَلَا زَكَاةَ عَلَيْهِ لَمَّا مَضَى مِنَ الْمُدَّةِ بِغَيْرِ خِلَافٍ وَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَمْلِكُوهُ فَهَلْ يَلْزَمُهُ زَكَاةُهُ لَمَّا مَضَى؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ بِنَاءً عَلَى زَكَاةِ الْمَالِ الْمَغْضُوبِ وَالضَّائِعِ مِنْ رَبِّهِ.
وَمِنْهَا: لَوْ أَعْتَقَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ الَّذِي اسْتَوْلَى عَلَيْهِ الْكُفَّارُ فَإِنْ قُلْنَا: مَلِكُوهُ، لَمْ يُعْتَقْ وَلَا عَتَقَ.

وَمِنْهَا: لَوْ سَبَى الْكُفَّارُ أَمَةً مُزَوَّجَةً بِمُسْلِمٍ فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُونَهَا فَالْقِيَاسُ أَنَّهُ يَنْفَسَخُ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ رَقَبَتَهَا وَمَنَافِعَهَا فَيَدْخُلُ فِيهِ مَنَفْعَةُ بَضْعِهَا فَيَنْفَسَخُ نِكَاحُ زَوْجِهَا كَمَا يَنْفَسَخُ نِكَاحُ الْكَافِرَةِ الْمَسِيَّةِ لِسَبْيِهَا لَهَا لِهَذَا الْمَعْنَى. وَمَنْ الْأَصْحَابُ مَنْ عَلَّلَ انْفِسَاخَ الْكَافِرَةِ الْمَسِيَّةِ بِالْجَهْلِ بِبَقَاءِ زَوْجِهَا فَيَكُونُ كَالْمَعْدُومِ وَعَلَى هَذَا يَمْتَنِعُ انْفِسَاخُ النِّكَاحِ هَاهُنَا وَأَبُو الْخَطَّابِ مَنَعَ مِنْ انْفِسَاخِ النِّكَاحِ بِالسَّبْيِ بِكُلِّ حَالٍ وَهُوَ قَوْلُ شَاذٍ وَمُخَالَفُ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ. وَالْعَيْنُ الْمُؤَجَّرَةُ كَالْأَمَةِ الْمُزَوَّجَةِ سَوَاءٌ فَأَمَّا الزَّوْجَةُ الْحُرَّةُ فَلَا يَنْفَسَخُ النِّكَاحُ بِسَبْيِهَا لِأَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَ الْحُرَّةَ بِالسَّبْيِ فَلَا يَمْلِكُونَ بَضْعَهَا وَفِي مَسَائِلِ ابْنِ هَانِيٍّ عَنْ أَحْمَدَ إِذَا سُبِّتَ الْمَرْأَةُ وَلَهَا زَوْجٌ ثُمَّ اسْتَنْقَذَتْ تَعُودُ إِلَى زَوْجِهَا إِنْ شَاءَتْ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى انْفِسَاخِ النِّكَاحِ بِالسَّبْيِ وَوَجْهُهُ أَنَّ مَنَافِعَ الْحُرَّةِ فِي حُكْمِ الْأَمْوَالِ وَلِهَذَا تُضْمَنُ بِالْغَضَبِ عَلَى رَأْيٍ فَجَازَ أَنْ تُمْلِكَ بِالِاسْتِيلَادِ بِخِلَافِ غَيْرِهِ وَلَا سَيِّمًا وَالِاسْتِيلَاءُ سَبَبٌ قَوِيٌّ يَمْلِكُ بِهِ مَا لَا يَمْلِكُ بِالْعُقُودِ الْاِخْتِيَارِيَّةِ وَلِهَذَا يَمْلِكُونَ بِهِ الْمَصَاحِفَ وَالرَّقِيقَ الْمُسْلِمَ وَيَمْلِكُونَ بِهِ كَأَمِّ الْوَلَدِ عَلَى رَوَايَةٍ فَجَازَ أَنْ يَمْلِكُوا بِهِ مَنَفْعَةَ بَضْعِ الْحُرَّةِ وَلَا يَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ إِبَاحَةُ وَطَنِهَا لَهُمْ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُمْ فِي أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ لَا يَبَاحُ لَهُمْ وَإِنْ قِيلَ: إِنَّهُمْ يَمْلِكُونَهَا وَعَلَى هَذَا فَلَوْ سَبَّوْا أَحِيرًا مُسْتَأْجَرًا لِمُسْلِمٍ انْفَسَخَتْ الْإِجَارَةُ أَيْضًا. وَقَدْ تَأَوَّلَ الْأَمْدِيُّ قَوْلَ أَحْمَدَ: تَرْجِعُ إِلَيْهِ إِنْ شَاءَتْ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ إِنْ شَاءَتْ تَرْجِعُ إِلَيْهِ فِي الْعِدَّةِ مِنْ وَطَنِ أَهْلِ الْحَرْبِ وَإِنْ شَاءَتْ اعْتَدَّتْ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ لَيْسَتْ بِحَقٍّ لَهُ وَإِنَّمَا هِيَ حَقٌّ عَلَيْهَا لَزِمَهَا فِي غَيْرِ جِهَتِهِ وَلَا يَخْفَى بَعْدُ هَذَا التَّأْوِيلُ مِنْ كَلَامِ أَحْمَدَ وَأَنَّ كَلَامَهُ لَا يَدُلُّ عَلَيْهِ بِوَجْهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ اسْتَوْلَى الْكُفَّارُ عَلَى مُدَبِّرٍ لِمُسْلِمٍ ثُمَّ عَادَ إِلَى سَيِّدِهِ فَهَلْ يَبْطُلُ تَذْيِيرُهُ؟ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُمْ لَمْ يَمْلِكُوهُ لَمْ يَبْطُلْ وَإِنْ قُلْنَا: مَلِكُوهُ انْبَنَى عَلَى أَنَّ الْمُدَبِّرَ إِذَا زَالَ الْمَلِكُ فِيهِ فَهَلْ يَبْطُلُ التَّذْيِيرُ أَمْ لَا؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ وَجَزَمَ ابْنُ أَبِي مُوسَى بِبُطْلَانِهِ هَاهُنَا فَأَمَّا الْمُكَاتَبُ فَلَا تَبْطُلُ كِتَابَتُهُ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ وَيَبْقَى عَلَى كِتَابَتِهِ وَكَذَلِكَ الْمَرْهُونُ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ يَتَقَلُّ فِيهِ بِالْإِرْثِ وَغَيْرِهِ وَالرَّهْنُ بَاقٍ.

سؤال: عندكم الكافر لا يملك انتزاع ملك المسلم بالشقعة قهراً مع أنها معلومة فكيف يملك عليه قهراً بغير عوض؟ الجواب: عنه أن الكفار لا يملكون أموال المسلمين بمجرد الاستيلاء، على المنصوص عن أحمد بل بالحجارة إلى دارهم فعلى هذا لا يثبت لهم تملك في دار الإسلام وعلى الرواية الأخرى المخرجة أنهم يملكون بمجرد الاستيلاء فالمستولى عليه إما أن يكون عقاراً فلا يتصور استيلاؤهم عليه إلا بمصير الدار دار حرب فلا ملك لهم في دار الإسلام أيضاً وإما أن يكون متقولاً فالمتقول يخالف حكمه حكم العقار؛ لأن العقار يختص بدار الإسلام والكافر ملتحج إليها ومستند ومتحصن بها وليس من أهلها بالأصالة فهو كالمستأجر مع المالكين ولهذا يمنع الكافر من إحياء الموات في دار الإسلام على قول مع أنه زيادة عماره وليس الموات ملكاً لمعين من المسلمين فكيف يمكن من انتزاع ملك المسلم المعين وإذا كان المسلم يباح له مزاحمة الكافر فيما ثبت له فيه حق رغبة، وإبطال حقه منه بعد سبقه إليه بالخطبة على خطبته والسوم على سومه كما نص عليه أحمد استدلالاً بالحديث فكيف يمكن من نقص ملك المسلم وانتزاعه منه قهراً بعد ثبوت الملك له؟ هذا باطل قطعاً وهذا أحسن من الاستدلال بقوله: «وإذا لقيتموهم في طريق فاضطروهم إلى أضيقه» مع أنني لم أر أحداً استدلال به وقد استدلال أحمد بالحديث الطريق وبالأمر بإخراجهم من جزيرة العرب.

الثامنة عشرة: الغنمة هل تملك بالاستيلاء المجرد أم لا بد معه من نيّة التملك المنصوص عن أحمد؟ وعليه أكثر الأصحاب أنها تملك بمجرد الاستيلاء وإزالة أيدي الكفار عنها وهل يشترط مع ذلك فعل الحجارة كالمباحات أم لا؟ قال القاضي في خلافه: لا يملك بدون احتياز الملك وتردد في الملك قبل القسمة هل هو باق للكفار أو أن ملكهم انقطع عنها؟ وينبغي على هذا الخلاف فوائد عديدة:

منها: جريانه في حول الزكاة فإن كانت الغنمة أجناساً لم يتعقد عليها حول بدون القسمة وجهاً واحداً؛ لأن حق الواحد منهم لم يستقر في جنس معين وإن كانت جنساً واحداً فوجهان:

أحدهما: يتعقد الحول عليهما بالاستيلاء بناءً على حصول الملك به قاله القاضي في المجرد وابن عقيل. والثاني: لا يتعقد بدون القسمة، قاله القاضي في خلافه وحكاه عن أبي بكر وبناه على أن الملك لا يثبت فيها بدون اختيار التملك لفظاً وهذا بعيد؛ لأن أبا بكر

يَقُولُ يَتَّقُذِ الْعِتْقَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَلَآئِهِ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَانْتَعَدَ الْحَوْلُ عَلَيْهَا بِاخْتِيَارِ التَّمْلِكِ دُونَ الْقِسْمَةِ إِذْ الْقِسْمَةُ مُجَرَّدُهَا يُقِيدُ الْمَلِكَ عِنْدَ الْقَاضِي وَإِنَّمَا مَاخَذُ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْغَانِمِينَ لَيْسَ عَلَى وَجْهِ الشَّرَكَةِ الْمُحْضَةِ وَلِذَلِكَ لَا يَتَعَيَّنُ حَقُّ أَحَدِهِمْ مِنْهَا بِدُونِ حُصُولِهِ لَهُ بِالْقِسْمَةِ فَلَا يَنْتَعَدُ عَلَيْهَا الْحَوْلُ قَبْلَهَا كَمَا لَوْ كَانَتْ أَصْنَافًا.

وَمِنْهَا: لَوْ أَعْتَقَ أَحَدُ الْغَانِمِينَ رَقِيْقًا مِنَ الْغَنَمِ بَعْدَ ثُبُوتِ رَقِّهِ أَوْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ بِالْمَلِكِ عِتْقًا وَإِنْ كَانَ يَقْدِرُ حَقَّهُ وَإِنْ كَانَ حَقُّهُ دُونَهُ فَهُوَ كَمَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا مِنْ عَبْدٍ نَصَّ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةِ الْمُرُوْذِيِّ وَابْنِ الْحَكَمِ وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَقَالَ فِي الْخِلَافِ لَا يَعْتَقُ حَتَّى يَسْبِقَ تَمْلِكُهُ لَفْظًا، وَوَاقَفَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ وَلَكِنَّهُ اثْبَتَ الْمَلِكُ بِمُجَرَّدِ قَصْدِ التَّمْلِكِ وَاخْتَارَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ الْمَنْصُوصِ فِيْمَا إِذَا كَانَتْ الْغَنِيْمَةُ جِنْسًا وَاحِدًا، وَقَوْلُ الْقَاضِي فِيْمَا إِذَا كَانَتْ أَجْنَاسًا كَمَا سَبَقَ فِي الزَّكَاةِ وَفِي الْإِرْشَادِ لِابْنِ أَبِي مُوسَى إِنْ أَعْتَقَ جَارِيَةً مُعَيَّنَةً قَبْلَ الْقِسْمَةِ لَمْ يَعْتَقْ فَإِنْ حَصَلَتْ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ بِالْقِسْمَةِ عِتْقَتْ قَالَ: وَإِنْ كَانَ فِي السَّبْيِ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ بِالْمَلِكِ عِتْقًا عَلَيْهِ إِنْ كَانَ يَقْدِرُ حِصَّتِهِ وَإِلَّا عِتْقَ مِنْهُ يَقْدِرُ حِصَّتِهِ فَكَأَنَّهُ جَعَلَهُ عِتْقًا فَهَرِيًّا كَالْإِرْثِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعِتْقِ الْاِخْتِيَارِيِّ.

وَمِنْهَا: لَوْ اسْتَوْلَدَ أَحَدُ الْغَانِمِينَ جَارِيَةً مِنَ السَّبْيِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَالْمَنْصُوصُ أَنَّهَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَوْ لَهُ وَيَضْمَنُ لِبَقِيَّةِ الْغَانِمِينَ حَقُوقَهُمْ مِنْهَا وَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: لَا تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً لَهُ وَإِنَّمَا يَتَعَيَّنُ حَقُّهَا فِيهَا؛ لِأَنَّ حَمْلَهَا بِحُرٍّ يَمْنَعُ بَيْعَهَا وَفِي تَأْخِيرِ قِسْمَتِهَا حَتَّى تَضَعَ ضَرَرٌ عَلَى أَهْلِ الْغَنِيْمَةِ فَوَجِبَ تَسْلِيمُهَا إِلَيْهِ مِنْ حَقِّهِ وَهَذَا بَعِيدٌ جِدًّا. وَلِأَبِي الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ طَرِيقَةٌ أُخْرَى وَهِيَ أَنَّهُ إِذَا نَفَذَ اسْتِيلَادَهَا لِشَبْهَةِ الْمَلِكِ فِيهَا وَإِنْ لَمْ يَنْفُذْ إِعْتَاقَهَا كَمَا يَنْفُذُ اسْتِيلَادُ الْإِبْنِ فِي أُمِّهِ دُونَ إِعْتَاقِهَا وَهُوَ أَيْضًا ظَاهِرٌ مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ وَحَكَى فِي تَعْلِيلِهِ عَلَى الْهَدَايَةِ احْتِمَالًا آخَرَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الْغَنِيْمَةُ جِنْسًا وَاحِدًا أَوْ أَجْنَاسًا كَمَا ذَكَرَهُ فِي الْعِتْقِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَتْلَفَ أَحَدُ الْغَانِمِينَ شَيْئًا مِنَ الْغَنِيْمَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَإِنْ قُلْنَا: الْمَلِكُ ثَابِتٌ فِيهَا فَعَلَيْهِ ضَمَانٌ نَصِيبِ شُرَكَائِهِ خَاصَّةً، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الْاسْتِيلَادِ وَإِنْ قُلْنَا: الْمَلِكُ فِيهَا فَعَلَيْهِ ضَمَانٌ جَمِيعُهَا.

مِنْهَا: لَوْ اسْقَطَ الْغَانِمُ حَقَّهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَفِيهِ طَرِيقَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُونَهَا لَمْ يَسْقُطِ الْحَقُّ بِذَلِكَ وَإِلَّا سَقَطَ

وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ. وَالثَّانِي: يَسْقُطُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ لِضَعْفِ الْمَلِكِ وَعَدَمِ اسْتِقْرَارِهِ وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ وَالتَّرْغِيبِ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَاتَ أَحَدُهُمْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَالِاخْتِيَارِ فَلِانْتِصَافِ أَنْ حَقَّهُ يَنْتَقِلُ إِلَى وَرَثَتِهِ وَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي أَنَّهُ وَافَقَ عَلَى ذَلِكَ وَجَعَلَ الْمَوْرُوثَ هُوَ الْحَقُّ دُونَ الْمَالِ وَفِي التَّرْغِيبِ إِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ بِدُونِ الْإِخْتِيَارِ فَمَنْ مَاتَ قَبْلَهُ فَلَا شَيْءَ لَهُ وَلَا يُوْرَثُ عَنْهُ كَحَقِّ الشُّفْعَةِ وَيَحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ عَلَى هَذَا يَكْتَفِي بِالْمُطَالَبَةِ فِي مِيرَاثِ الْحَقِّ كَالشُّفْعَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ شَهِدَ أَحَدُ الْغَانِمِينَ بِشَيْءٍ مِنَ الْمَغْنَمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَإِنْ قُلْنَا: قَدْ مَلَكَوهُ لَمْ يُقْبَلْ كَشَهَادَةِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ لِأَخَرٍ وَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَمْلِكُوا قُبِلَتْ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: وَفِي قَبُولِهَا نَظَرٌ، وَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَمْلِكُوا؛ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ تَجَرُّ نَفْعًا قُلْتُ: هَذَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي مَسْأَلَةٍ مَا إِذَا وَطِئَ أَحَدُ الْغَانِمِينَ جَارِيَةً مِنَ الْمَغْنَمِ وَذَكَرَ فِي مَسْأَلَةِ السَّرِقَةِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ وَالْغَنِيمَةِ أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ شَهَادَةُ أَحَدِ الْغَانِمِينَ بِمَالٍ مُطْلَقًا وَهُوَ الْأَظْهَرُ.

الثَّامِنَةُ عَشْرَةَ: الْقِسْمَةُ هَلْ هِيَ إِفْرَازٌ أَوْ بَيْعٌ الْمَذْهَبُ أَنَّ قِسْمَةَ الْإِجْبَارِ وَهِيَ مَا لَا يَحْصُلُ فِيهِ رَدُّ عَوْضٍ مِنْ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ وَلَا ضَرَرٌ عَلَيْهِ إِفْرَازٌ لَا يَبِيعُ وَذَهَبَ ابْنُ بَطَّةَ إِلَى أَنَّهَا كَالْبَيْعِ فِي أَحْكَامِهِ وَحَكَى الْأَمْدِيُّ رَوَاتَيْنِ قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: الَّذِي يَتَحَرَّرُ عِنْدِي فِيهَا فِيهِ رَدُّ أَنَّهُ يَبِيعُ فِيمَا يُقَابِلُ الرَّدَّ، وَإِفْرَازٌ فِي الْبَاقِي لِأَنَّ أَصْحَابَنَا قَالُوا فِي قِسْمَةِ الطَّلَقِ عَنْ الْوَقْفِ إِذَا كَانَ فِيهَا رَدٌّ مِنْ جِهَةٍ صَاحِبِ الْوَقْفِ جَازٍ؛ لِأَنَّهُ يَشْتَرِي بِهِ الطَّلَقَ وَإِنْ كَانَ فِي جِهَةٍ صَاحِبِ الطَّلَقِ لَمْ يَجْزُ وَيَتَفَرَّغُ عَلَى الْإِخْتِلَافِ فِي كَوْنِهَا إِفْرَازًا أَوْ بَيْعًا فَوَائِدُ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: لَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا مَاشِيَةٌ مُشْتَرَكَةٌ فَاقْتَسَمَا فِي أَثْنَاءِ الْحَوْلِ وَاسْتَدَامَا خُلْطَةً الْأَوْصَافِ فَإِنْ قُلْنَا: الْقِسْمَةُ إِفْرَازٌ لَمْ يَنْقَطِعِ الْحَوْلُ بِغَيْرِ خِلَافٍ وَإِنْ قُلْنَا: يَبِيعُ خُرْجَ عَلَى بَيْعِ الْمَاشِيَةِ بِجِنْسِهَا فِي أَثْنَاءِ الْحَوْلِ هَلْ يَقْطَعُهُ أَمْ لَا؟

وَمِنْهَا: إِذَا تَقَاسَمَا وَصَرَّحَا بِالتَّرَاضِي وَاقْتَصَرَا عَلَى ذَلِكَ فَهَلْ يَصِحُّ إِنْ قُلْنَا: هِيَ إِفْرَازٌ صَحَّتْ وَإِنْ قُلْنَا: يَبِيعُ فَوْجَهُانِ حَكَاهُمَا صَاحِبُ التَّرْغِيبِ وَكَأَنَّ مَأْخِذَهُمَا الْخِلَافُ فِي اشْتِرَاطِ الْإِجْبَابِ وَالْقَبُولِ، وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهَا تَصِحُّ بِلَفْظِ الْقِسْمَةِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ وَيَخْرُجُ أَنْ لَا يَصِحُّ مِنَ الرَّوَايَةِ الَّتِي سَعَيْتُ فِي التَّلْخِيصِ بِاشْتِرَاطِ لَفْظِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فِي الْبَيْعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَقَاسَمُوا ثَمَرَ النَّخْلِ وَالْعِنَبِ عَلَى الشَّجَرِ أَوْ الزَّرْعِ الْمُشْتَمِلِ فِي سَبِيلِهِ خَرْصًا أَوْ الرِّبَوِيَّاتِ عَلَى مَا يَخْتَارُونَ مِنْ كَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ إِفْرَازٌ جَازَ وَنَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي

رَوَايَةِ الْأَثَرِ فِي جَوَازِ الْقِسْمَةِ بِالْخَرَصِ وَإِنْ قُلْنَا: يَبِيعُ لَمْ يَصَحَّ وَفِي التَّرْغِيبِ إِشَارَةٌ إِلَى خِلَافِهِ فِي الْجَوَازِ مَعَ الْقَوْلِ بِالْإِفْرَازِ وَكَذَلِكَ لَوْ تَقَاسَمُوا الثَّمَرَ عَلَى الشَّجَرِ قَبْلَ صَلَاحِهِ بِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ فَيَجُوزُ عَلَى الْقَوْلِ بِالْإِفْرَازِ دُونَ الْبَيْعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ بَعْضُ الْعَقَارِ وَقْفًا وَبَعْضُهُ طَلَقًا وَطَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ جَازَتْ إِنْ قُلْنَا: هِيَ إِفْرَازٌ وَإِنْ قُلْنَا: يَبِيعُ لَمْ يَجْزْ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ لِلْوَقْفِ فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْكُلُّ وَقْفًا فَهَلْ يَجُوزُ قِسْمَتُهُ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ كِإِفْرَازِ الطَّلَقِ مِنَ الْوَقْفِ سَوَاءٌ وَهُوَ الْمَجْزُومُ بِهِ فِي الْمُحَرَّرِ. وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا يَصَحُّ قِسْمَتُهُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا عَلَى الْأَصَحِّ وَهِيَ طَرِيقَةُ التَّرْغِيبِ وَعَلَى الْقَوْلِ بِالْجَوَازِ فَهُوَ مُخْتَصٌّ بِمَا إِذَا كَانَ وَقْفًا عَلَى جِهَتَيْنِ لَا عَلَى جِهَةٍ وَاحِدَةٍ صَرَحَ بِهِ الْأَصْحَابُ نَقَلَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ.

وَمِنْهَا: قِسْمَةُ الْمَرْهُونِ كُلِّهِ أَوْ نِصْفِهِ مُشَاعًا إِنْ قُلْنَا: هِيَ إِفْرَازٌ صَحَّتْ وَإِنْ قُلْنَا: يَبِيعُ لَمْ تَصَحَّ وَلَوْ اسْتَقَرَّ بِهَا الْمُرْتَهِنُ فَإِنْ رَهَنَهُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ حِصَّتَهُ مِنْ حَقِّ مُعِينٍ مِنْ دَارٍ ثُمَّ اقْتَسَمَا فَحَصَلَ الْبَيْتُ فِي حِصَّةِ شَرِيكِهِ فَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي أَنَّهُ لَا يُمْنَعُ مِنْهُ عَلَى الْقَوْلِ بِالْإِفْرَازِ قَالَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ: يُمْنَعُ مِنْهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا اقْتَسَمَا أَرْضًا فَبَنَى أَحَدُهُمَا فِي نَصِيْبِهِ وَغَرَسَ ثُمَّ اسْتَحَقَّتِ الْأَرْضُ يُقْلَعُ غَرَسُهُ وَيَبْنَاؤُهُ، فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ إِفْرَازٌ لَمْ يَرْجَعْ عَلَى شَرِيكِهِ وَإِنْ قُلْنَا: يَبِيعُ رَجَعَ عَلَيْهِ بِقِيَمَةِ الْقَبْضِ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْحَالِ دُونَهُ ذَكَرَهُ فِي الْمُغْنِيِّ وَجَزَمَ الْقَاضِي بِالرَّجُوعِ عَلَيْهِ مَعَ قَوْلِهِ: إِنَّ الْقِسْمَةَ إِفْرَازٌ.

وَمِنْهَا: ثُبُوتُ الْخِيَارِ فِيهَا وَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَنْبَنِي عَلَى الْخِلَافِ وَإِنْ قُلْنَا: إِفْرَازٌ لَمْ يَثْبُتْ فِيهَا خِيَارٌ وَإِنْ قُلْنَا: يَبِيعُ ثَبَتَ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْفُصُولِ وَالتَّلْخِيسِ وَفِيهِ مَا يُوْهِمُ اخْتِصَاصَ الْخِلَافِ فِي خِيَارِ الْمَجْلِسِ فَأَمَّا خِيَارُ الْمَجْلِسِ فَلَا يَثْبُتُ فِيهَا عَلَى الْوَجْهَيْنِ.

وَالثَّانِي: يَثْبُتُ فِيهَا خِيَارُ الْمَجْلِسِ وَخِيَارُ الشَّرْطِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ قَالَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ مُعَلَّلًا بِأَنَّهُ ذَلِكَ جَعَلَ لِلرَّيَاءِ فِيمَا فِيهِ الْحِظُّ وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي الْقِسْمَةِ. وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: وَهَذَا صَرِيحٌ فِي أَنَّ قِسْمَةَ التَّرَاضِي إِفْرَازٌ؛ لِأَنَّ قِسْمَةَ الْإِجْبَارِ لَا مَعْنَى لِثُبُوتِ الْخِيَارِ فِيهَا إِذْ فِي كُلِّ لَحْظَةٍ يَمْلِكُ الْإِجْبَارُ فَلَا يَقَعُ ثُبُوتُ الْخِيَارِ فِي فَسْخِهَا وَذَكَرَ أَيْضًا أَنَّهُ

حَيْثُ وَجَبَتِ الْقِسْمَةُ فَيَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ لَازِمَةً؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَوْ فَسَخَهَا كَانَ لِلْآخَرِ مُطَالَبَةٌ بِإِعَادَتِهَا فَلَا فَائِدَةَ فِيهِ وَقَدْ يَكُونُ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى أَحَدِهِمَا فَإِنَّهُ قَدْ يَتَصَرَّفُ فِيهَا حَصَلَ لَهُ وَلِغَيْرِهِ فَإِذَا انْقَضَتِ الْقِسْمَةُ تَقَرَّرَ بِذَلِكَ وَلَمْ يَحْصُلْ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ وَلَا سِيَّما إِنْ تَكَرَّرَ ذَلِكَ مِنْ شَرِيكِهِ مُضَارَّةً. قُلْتُ: وَيَشْهَدُ لِهَذَا مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي الْمَعْنَيْنِ بِالتَّقَفَةِ فَإِذَا طَلَّقَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ رَجْعِيًّا ثُمَّ ارْتَجَعَ مِنْ غَيْرِ يَسَارٍ تَحَدَّدَ لَهُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ رَجْعُهُ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِعَادَةِ الضَّرَرِ الَّذِي أَزَلْنَاهُ بِالطَّلَاقِ وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي عُمْدِ الْأَدِلَّةِ وَصَاحِبِ الْمَغْنِيِّ: لَهُ الرَّجْعَةُ فَإِذَا ارْتَجَعَ عَادَتِ الْمُطَالَبَةُ لَهُ فَإِنْ طَلَّقَ عَلَيْهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الطَّلَاقَ الثَّلَاثَ وَأَخْلَعَ ابْنُ عَقِيلٍ مِنَ الْمُؤَلَّى عَلَيْهِ إِذَا طَلَّقَ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ بَعْدَ طَلَبِ الْفَيْئَةِ طَلَاقًا رَجْعِيًّا فَإِنْ لَهُ رَجْعَتُهَا وَيُطَالَبُ بِالْفَيْئَةِ ثَانِيًا وَالْقَاضِي يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ رَجْعَةَ الْمُؤَلَّى أَقْرَبُ إِلَى حُصُولِ مَقْصُودِ الْمَرْأَةِ مِنَ الْفَيْئَةِ مِنْ حَالِ الْعِدَّةِ الْجَارِيَةِ إِلَى السِّيْتُونَةِ بِخِلَافِ رَجْعَةِ الْمُعْسِرِ وَلَكِنْ لَا يَتَوَجَّهُ عَلَى قَوْلِ ابْنِ عَقِيلٍ التَّمَكُّنُ مِنْ فسخِ قِسْمَةِ الإِجْبَارِ هُنَا؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ فِي الطَّلَاقِ لَا يَتَأَدَّى؛ لِأَنَّهُ مَحْدُودٌ بِثَلَاثِ مَرَّاتٍ بِخِلَافِ ضَرَرِ الْفَسْخِ هُنَا فَإِنَّهُ يَكُونُ لَا نِهَايَةَ لَهُ وَذَكَرَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّ الْمُؤَلَّى إِذَا طَلَّقَ لَمْ يَكُنْ مِنَ الرَّجْعَةِ إِلَّا بِشَرْطِ أَنْ يَفِيءَ؛ لِأَنَّ أَصْلَ الرَّجْعَةِ إِنَّمَا أَبَاحَهَا اللَّهُ لِمَنْ أَرَادَ الْإِصْلَاحَ فَكَيْفَ بِالْمُؤَلَّى الَّذِي يَظْهَرُ قَصْدُ الْإِضْرَارِ فَلَا يُمَكِّنُ مِنَ الرَّجْعَةِ بِدُونِ شَرْطِ الْفَيْئَةِ؛ لِأَنَّ ارْتِجَاعَهُ زِيَادَةً فِي الْإِضْرَارِ وَذَكَرَ فِي الْكَافِي فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُمَا إِنْ اقْتَسَمَا بِأَنْفُسِهِمَا لَمْ يَلْزَمِ الْقِسْمَةُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا وَتَفَرُّقِهِمَا كَالْبَيْعِ وَإِنْ قَسَمَ بَيْنَهُمَا الْحَاكِمُ أَوْ قَسَمَهُ عَدْلٌ عَالِمٌ نَصَقَّاهُ بَيْنَهُمَا لَزِمَتْ قِسْمَتُهُ بِغَيْرِ رِضَاهُمَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهَا رَدٌّ فَوْجَهَانِ، نَظَرًا إِلَى أَنَّهُمَا يَبِيعُ فَيَقِفُ عَلَى الرِّضَاءِ وَإِلَى أَنَّ الْمُقَاسِمَ كَالْحَاكِمِ وَقَرَعَتْهُ كَحَكْمِهِ.

وَمِنْهَا: ثُبُوتُ الشُّفْعَةِ فِيهَا وَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: بِنَاوُهُ عَلَى الْخِلَافِ فَإِنْ قُلْنَا: إِفْرَازٌ لَمْ يَثْبُتْ وَإِلَّا ثَبِتَ وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ السَّامِرِيُّ فِي بَابِ الرِّبَا. وَالثَّانِي: لَا يُوجِبُ الشُّفْعَةَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ قَالَهُ الْقَاضِي وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبِتَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخِرِ لَثَبِتَ الْآخَرُ عَلَيْهِ فَيَتَنَامِيَانِ وَمِنْهُمَا قِسْمَةُ الْمُتَشَارِكِينَ فِي الْهَدْيِ وَالْأَصْحَابِي اللَّحْمِ، فَإِنْ قُلْنَا: إِفْرَازٌ جَازَتْ وَإِنْ قُلْنَا: يَبِيعُ لَمْ يَجْزُ وَهَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ الْأَصْحَابِ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَبِيعُ فَقَاسَمَ فَإِنْ قُلْنَا: الْقِسْمَةُ يَبِيعُ حَيْثُ وَإِلَّا فَلَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ وَقَدْ يُقَالُ الْإِيمَانُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْعُرْفِ وَلَا تُسَمَّى الْقِسْمَةُ بَيْعًا فِي الْعُرْفِ فَلَا يَحْنُ بِهَا وَلَا

بِالْحَوَالَةِ وَلَا بِالْإِقَالَةِ وَإِنْ قِيلَ: هِيَ يُوعُ.

وَمِنْهَا: لَوْ اقْتَسَمَ الْوَرِثَةُ الْعَقَارُ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ أَوْ وَصِيَّةٌ فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ إِفْرَازٌ فَالْقِسْمَةُ بَاقِيَةٌ عَلَى الصَّحَّةِ وَإِنْ قُلْنَا: يَبِيعُ فَوَجْهَانِ بِنَاءٌ عَلَى الْخِلَافِ فِي بَيْعِ التَّرِكَةِ الْمُسْتَعْرِقَةِ بِالذَّيْنِ وَقَدْ سَبَقَ.

وَمِنْهَا: لَوْ ظَهَرَ فِي الْقِسْمَةِ غَبْنٌ فَاحِشٌ فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ إِفْرَازٌ لَمْ يَصِحَّ لِتَيْنِ فَسَادِ الْإِفْرَازِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَبِيعُ صَحَّتْ وَثَبَّتْ فِيهَا خِيَارُ الْغَبْنِ ذَكَرَهُ فِي التَّرْغِيبِ وَالْبَلْغَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ اقْتَسَمَا دَارًا نِصْفَيْنِ ظَهَرَ بَعْضُهَا مُسْتَحَقًّا فَإِنْ قُلْنَا: الْقِسْمَةُ إِفْرَازٌ انْتَقَضَتْ الْقِسْمَةُ لِفَسَادِ الْإِفْرَازِ وَإِنْ قُلْنَا: يَبِيعُ لَمْ يَنْتَقِضْ وَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِقَدْرِ حَقِّهِ فِي الْمُسْتَحَقِّ كَمَا إِذَا قُلْنَا: بِذَلِكَ فِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ كَمَا لَوْ اشْتَرَى دَارًا فَبَانَ بَعْضُهَا مُسْتَحَقًّا ذَكَرَهُ الْأَمْدِيُّ وَفِي الْمُحَرَّرِ إِنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ مُعَيَّنًا وَهُوَ فِي الْحِصَّتَيْنِ فَالْقِسْمَةُ بِحَالِهَا وَلَمْ يَحْكُ خِلَافًا وَذَكَرَهُ صَاحِبُ الْكَافِي احْتِمَالًا بِالْبُطْلَانِ بِنَاءً عَلَى عَدَمِ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ إِذَا قُلْنَا: هِيَ يَبِيعُ وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ مُعَيَّنًا فِي إِحْدَى الْحِصَّتَيْنِ أَوْ شَائِعًا فِيهِمَا أَوْ فِي أَحَدِهِمَا فَثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ فِي الْمُحَرَّرِ أَحَدُهَا تَبْطُلُ. وَالثَّانِي: لَا تَبْطُلُ، وَالثَّلَاثُ تَبْطُلُ بِالإِشَاعَةِ فِي أَحَدَيْهِمَا خَاصَّةً، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ الْقَاضِي وَالْأَوَّلُ اخْتِيَارُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ مَعَ قَوْلِهِمَا بِتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: وَالْوَجْهَانِ الْأَوَّلَانِ فَرُعٌ عَلَى قَوْلِنَا بِتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ فِي الْمَبِيعِ فَأَمَّا إِنْ قُلْنَا: لَا تَفْرِيقَ هُنَاكَ بَطَلَتْ هَاهُنَا وَجْهًا وَاحِدًا وَفِي الْبَلْغَةِ إِذَا ظَهَرَ بَعْضُ حِصَّةٍ أَحَدَهُمَا مُسْتَحَقًّا انْتَقَضَتْ الْقِسْمَةُ وَإِنْ ظَهَرَتْ حِصَّتُهَا عَلَى اسْتِثْوَاءِ النَّسَبِ وَكَانَ مُعَيَّنًا لَمْ يَنْتَقِضْ وَإِذَا عَلَّلْنَا بِفَسَادِ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ بِالْجَهَالَةِ، وَإِنْ عَلَّلْنَاهُ فَسَعَى عَلَى مَا لَا يَجُوزُ بَطَلَتْ وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ مَشَاعًا انْتَقَضَتْ الْقِسْمَةُ فِي الْجَمِيعِ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا مَاتَ رَجُلٌ وَزَوْجَتُهُ حَامِلٌ وَقُلْنَا: لَهَا السُّكْنَى فَأَرَادَ الْوَرِثَةُ قِسْمَةَ الْمَسْكَنِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ مِنْ غَيْرِ إِضْرَاقٍ بِهَا بَأَن يُعْلَمُوا الْحُدُودَ بِخَطٍّ أَوْ نَحْوِهِ بِغَيْرِ نَقْصٍ وَلَا بِنَاءٍ فِيهِ الْمُغْنَى يَجُوزُ ذَلِكَ وَلَمْ يَنْبَغِ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْقِسْمَةِ مَعَ أَنَّهُ قَالَ: لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمَسْكَنِ فِي هَذِهِ الْحَالِ لِجَهَالَةِ مُدَّةِ الْحَمْلِ الْمُسْتَثْنَاءِ فِيهِ حُكْمًا وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ هَذَا يُعْتَزَرُ فِي الْقِسْمَةِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ وَيَحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ: مَتَى قُلْنَا: الْقِسْمَةُ يَبِيعُ، وَإِنْ يَبِيعَ هَذَا الْمَسْكَنِ يَصِحُّ لَمْ تَصَحَّ الْقِسْمَةُ.

وَمِنْهَا: قِسْمَةُ الدِّينِ فِي ذِمِّ الْغُرَمَاءِ فَإِنْ قُلْنَا: الْقِسْمَةُ إِفْرَازٌ صَحَّتْ وَإِنْ قُلْنَا: يَبِيعُ لَمْ

تَصَحَّ وَقَدْ حَكَى الْأَصْحَابُ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَيْنِ وَهَذَا الْبِنَاءُ مُتَوَجِّهٌ عَلَى طَرِيقَةٍ مِنْ طَرَدِ الْخِلَافِ فِي قِسْمَةِ التَّرَاضِي كَالشَّيْخِ نَقِيِّ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى مَعَ أَنَّهُ يَمِيلُ إِلَى دُخُولِ الْإِجْبَارِ فِي قِسْمَةِ الدِّينِ عَلَى الْغُرَمَاءِ الْمُتَقَارِبِينَ فِي الْمَلَاءَةِ؛ لِأَنَّ الدِّمَّ عِنْدَنَا تَكَافُافٌ بِدَلِيلِ الْإِجْبَارِ عَلَى قَبُولِ الْحَوَالَةِ عَلَى الْمَلِيٍّ وَخَصَّ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ الرَّوَاتَيْنِ بِمَا إِذَا كَانَ الدِّينُ فِي ذِمَّتَيْنِ فَصَاعِدًا فَإِنْ كَانَ فِي ذِمَّةٍ وَاحِدٍ لَمْ تَصَحَّ قِسْمَتُهُ رَوَايَةً وَاحِدَةً وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ وَيَشْهَدُ لِقَوْلِهِ أَنَّ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ قَالَ: إِذَا قَبِضَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مِنَ الدِّينِ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ اخْتَصَّ بِمَا قَبِضَهُ وَفَرَّقَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ بَيْنَ الدِّينِ الثَّابِتِ بِعَقْدٍ فَيَخْتَصُّ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ بِمَا قَبِضَهُ مِنْهُ وَلَوْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَبَيْنَ الثَّابِتِ بِإِرْثٍ وَنَحْوِهِ فَلَا يَخْتَصُّ.

وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ ابْنُ مَنْصُورٍ عَلَى الْإِشْتِرَاكِ فِي ثَمَنِ الطَّعَامِ الْمُشْتَرَكِ وَنَصَّ فِي رَوَاتِهِ عَلَى جَوَازِ الْقِسْمَةِ بِالتَّرَاضِي فِي الذِّمَّةِ الْوَاحِدَةِ وَسَلَكَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ فِي تَوْجِيهِ الرَّوَاتَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ طَرِيقَةً ثَانِيَةً وَهِيَ أَنَّ قَبْضَ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ مِنَ الدِّينِ الْمُشْتَرَكِ هَلْ هُوَ قِسْمَةٌ لِلدِّينِ أَوْ تَعْيِينَ لِحَقِّهِ بِالْأَخِذِ كَالْإِبْرَاءِ فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ قِسْمَةٌ لَمْ يَجْزُ لِأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ بِالْقَبْضِ فَإِنَّ أَذْنَ الشَّرِيكِ فِيهِ فَوْجَهَانِ: أَحَدُهُمَا: يَصِحُّ وَيَنْفَرِدُ بِهِ الْقَابِضُ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لِشَرِيكِهِ وَقَدْ أَسْقَطَهُ. وَالثَّانِي: لَا يَصِحُّ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ؛ لِأَنَّ حَقَّ الشَّرِيكِ فِي الذِّمَّةِ لَا فِي عَيْنِ الْمَالِ فَلَا يَنْفَدُ إِذْنُهُ فِي قَبْضِ الْأَعْيَانِ. وَفِيهِ ضَعْفٌ فَإِنَّ الْأَعْيَانَ هِيَ مُتَعَلِّقُ حَقِّهِ وَكَذَلِكَ يَتَعَلَّقُ حَقُّوهُ غُرَمَاءِ الْمُفْلِسِ بِمَالِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَيْسَ الْقَبْضُ قِسْمَةً جَازًا؛ لِأَنَّ حَقَّ الشَّرِيكِ فِي الذِّمَّةِ وَلَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْعَيْنِ إِلَّا بِقَبْضِ الْغَرِيمِ أَوْ وَكَيْلِهِ فَقَبْضُ الشَّرِيكِ تَعْيِينَ لِحَقِّهِ لَا غَيْرَ فَيَخْتَصُّ بِهِ دُونَ شَرِيكِهِ سِوَاءَ كَانَ بِإِذْنِ الشَّرِيكِ أَوْ بِدُونِهِ. وَكَذَلِكَ حَكَى صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ هَذِهِ الرِّوَايَةَ وَذَكَرَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَيْهَا وَقَدْ أَنْكَرَهَا أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ وَتَوَجَّهَ عِنْدِي فِي تَوْجِيهِ الرَّوَاتَيْنِ طَرِيقَةً ثَالِثَةً وَهِيَ أَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا قَبِضَ مِنَ الدِّينِ فَلَمَّا قَبِضَ حَقَّهُ الْمُخْتَصُّ بِهِ لَكِنْ لَيْسَ لَهُ الْقَبْضُ دُونَ شَرِيكِهِ لِإِشْتِرَاكِهِمَا فِي أَصْلِ الْإِسْتِحْقَاقِ كَغُرَمَاءِ الْمُفْلِسِ فَإِذَا قَبِضَ بِدُونِ إِذْنِ شَرِيكِهِ فَهَلْ لِشَرِيكِهِ مُقَاسَمَتُهُ فِيمَا قَبِضَهُ أَمْ لَا؟ عَلَى الرَّوَاتَيْنِ فَوْجُهُ الْمُحَاصَّةُ الْقِيَاسُ عَلَى قَبْضِ بَعْضِ الشُّرَكَاءِ مِنَ الْأَعْيَانِ الْمُشْتَرَكَةِ بِدُونِ قِسْمَةِ كَالْمَوَارِيثِ أَوْ مِنَ الْأَعْيَانِ الْمُتَعَلِّقِ بِهَا حَقُّوهُمْ كَمَالِ الْمُفْلِسِ، وَوَجْهُ عَدَمِ الْمُحَاصَّةِ أَنَّ الْمَقْبُوضَ مِنَ الدِّينِ كُلُّهُ حَقٌّ لِلْقَابِضِ وَلِهَذَا لَوْ أُثْلِفَ فِي يَدِهِ كَانَ مِنْ نَصِيبِهِ وَلَمْ يَضْمَنْ لِشَرِيكِهِ شَيْئًا بِخِلَافِ الْقَبْضِ مِنَ الْأَعْيَانِ فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَقْبِضَ بِإِذْنِ

الشَّرِيكَ أَوْ يَدُونِهِ وَعَلَى الْأُولَى إِنْ قَبِضَ بِإِذْنِهِ فَهَلْ لَهُ مُحَاصَةٌ فِيهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الْمُحَاصَةِ إِنَّمَا ثَبَتَ بَعْدَ الْقَبْضِ فَهُوَ كِاسْقَاطِ الشُّقْعَةِ قَبْلَ الْبَيْعِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَقَدْ يُقَالُ: التَّرَاضِي بِقَبْضِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْضُ الدَّيْنِ قِسْمَةً لَهُ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ فِي الْأَعْيَانِ تَقَعُ فِي الْمُحَاصَةِ وَالْأَقْوَالِ فِي الْمَنْصُوصِ فَكَذَا فِي الدَّيُونِ وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمُشْتَرِكُ بَعْضُهُ عَيْنًا وَبَعْضُهُ دَيْنًا فَأَخَذَ بَعْضُ الشُّرَكَاءِ الْعَيْنَ وَبَعْضُهُمُ الدَّيْنَ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى جَوَازِهِ مَعَ الْكِرَاهَةِ.

وَحَكَاهُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَقَالَ: لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الْمِيرَاثِ وَخَرَجَهُ الشَّيْخُ مَجْدُ الدَّيْنِ عَلَى الْقَوْلِ بِجَوَازِ بَيْعِ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ الْغَرِيمِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْقِسْمَةَ يَبِيعُ بِغَيْرِ خِلَافٍ عِنْدَهُ وَعَلَى مَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِي الدَّيْنَ قَدْ يَطْرُدُ فِيهَا الْخِلَافُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَمِنْهَا: قَبْضُ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ مِنَ الْمَالِ الْمُشْتَرَكِ الْمِثْلِيِّ مَعَ غِيَةِ الْآخَرِ وَامْتِنَاعِهِ مِنَ الْإِذْنِ يَدُونِ إِذْنِ الْحَاكِمِ، وَفِيهِ وَجْهَانِ سَبَقَ ذِكْرُهُمَا فِي الْقَوَاعِدِ وَالْوَجْهَانِ عَلَى قَوْلِنَا: الْقِسْمَةُ إِفْرَازٌ فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ لَمْ يَجْزْ وَجْهًا وَاحِدًا فَأَمَّا غَيْرُ الْمِثْلِيِّ فَلَا يُقْسَمُ إِلَّا مَعَ الشَّرِيكَ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ كَالْوَصِيِّ وَالْوَلِيِّ وَالْحَاكِمِ

وَمِنْهَا: لَوْ اقْتَسَمَا دَارًا فَحَصَلَ الطَّرِيقُ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ مَنَفَعَةٌ يَنْطَرِقُ مِنْهُ فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ وَصَاحِبُ الْمُغْنِيِّ وَالْمُحَرَّرُ: تَبْطُلُ الْقِسْمَةُ وَخَرَجَ صَاحِبُ الْمُغْنِيِّ فِيهِ وَجْهًا آخِرًا أَنَّهَُا تَصَحُّ وَيَشْتَرِكَا فِي الطَّرِيقِ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ عَلَى اشْتِرَاكِهِمَا فِي مَسِيلِ الْمَاءِ وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِيمَا سَبَقَ فِي الْقَوَاعِدِ وَيَتَوَجَّهُ أَنْ يُقَالَ: إِنْ قُلْنَا: الْقِسْمَةُ إِفْرَازٌ بَطَلَتْ وَإِنْ قُلْنَا: بَيْعٌ صَحَّتْ وَلَزِمَ الشَّرِيكَ تَمَكُّينُهُ مِنَ الاسْتِطْرَاقِ بِنَاءً عَلَى قَوْلِ الْأَصْحَابِ: إِذَا بَاعَهُ بَيْتًا مِنْ وَسْطِ دَارِهِ وَلَمْ يَذْكُرْ طَرِيقًا صَحَّ الْبَيْعُ وَاسْتَتَبَعَ طَرِيقُهُ كَمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ لَوْ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ الاسْتِطْرَاقُ فِي الْقِسْمَةِ صَحَّ قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدَّيْنِ هَذَا قِيَاسُ مَذْهَبِنَا فِي جَوَازِ بَيْعِ الْمَمَرِّ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِمَّا اشْتَرَاهُ زَيْدٌ فَاشْتَرَى زَيْدٌ وَعَمَرُو طَعَامًا مَشَاعًا وَقُلْنَا: يَحْنُثُ بِالْأَكْلِ مِنْهُ فَتَقَاسَمَاهُ ثُمَّ أَكَلَ الْحَالِفُ مِنْ نَصِيبِ عَمْرٍو فَذَكَرَ الْأَمِيدِيُّ أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ إِفْرَازٌ حَقٌّ لَا يَبِيعُ وَهَذَا لَا يَقْضِي أَنَّهُ يَحْنُثُ إِذَا قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ وَقَالَ الْقَاضِي: قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يَحْنُثُ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ لَا تُخْرِجُهُ عَنْ أَنْ يَكُونَ زَيْدًا اشْتَرَاهُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا بِأَكْلِ مَا اشْتَرَاهُ زَيْدٌ وَلَوْ انْتَقَلَ الْمَلِكُ عَنْهُ إِلَى غَيْرِهِ وَفِي الْمَعْنَى احْتِمَالٌ: لَا يَحْنُثُ هُنَا، وَعَلَيْهِ يَخْرُجُ أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ إِذَا قُلْنَا: الْقِسْمَةُ بَيْعٌ. وَنَخْتُمُ هَذِهِ الْفَوَائِدَ بِذِكْرِ فَائِدَتَيْنِ بَلْ

قَاعِدَتَيْنِ يَكْثُرُ ذِكْرُهُمَا فِي مَسَائِلِ الْفِقْهِ وَانْتَشَرَ قُرُوعُهُمَا انْتِشَارًا كَثِيرًا وَنَذَكُرُ ضَوَابِطَهُمَا وَأَقْسَامَهُمَا.

العِشْرُونَ: الْفَائِدَةُ الْأُولَى: التَّصَرُّفَاتُ لِلْغَيْرِ بِدُونِ إِذْنِهِ هَلْ تَقِفُ عَلَى إِجَازَتِهِ أَمْ لَا وَيَعْبَرُ عَنْهَا بِتَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ وَتَحْتَهَا أَقْسَامٌ:

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: أَنْ تَدْعُو الْحَاجَةَ إِلَى التَّصَرُّفِ فِي مَالِ الْغَيْرِ أَوْ حَقَّهُ وَيَتَعَدَّرُ اسْتِثْنَاءُهُ إِمَّا لِلْجَهْلِ بِعَيْنِهِ أَوْ لِعَيْبِهِ وَمَشَقَّةِ انْتِظَارِهِ فَهَذَا التَّصَرُّفُ مَبَاحٌ جَائِزٌ مَوْقُوفٌ عَلَى الْإِجَازَةِ وَهُوَ فِي الْأَمْوَالِ غَيْرِ مُخْتَلَفٍ فِيهِ فِي الْمَذْهَبِ وَغَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَى إِذْنِ حَاكِمٍ عَلَى الصَّحِيحِ، وَفِي الْإِبْضَاعِ مُخْتَلَفٌ فِيهِ غَيْرَ أَنَّ الصَّحِيحَ مِنَ الْمَذْهَبِ جَوَازُهُ أَيْضًا وَفِي افْتِقَارِهِ إِلَى الْحَاكِمِ خِلَافٌ، فَأَمَّا الْأَمْوَالُ فَكَالتَّصَرُّفِ بِاللُّقْطَةِ الَّتِي لَا تَمْلِكُ وَكَالتَّصَدِيقِ بِالْوَدَائِعِ وَالْغُصُوبِ الَّتِي لَا يَعْرِفُ رَبُّهَا أَوْ انْقَطَعَ خَبَرُهُ. وَقَدْ سَبَقَ فِي الْقَوَاعِدِ اسْتِفْصَاءُ هَذَا التَّوَعُّعِ وَيَكُونُ ذَلِكَ مَوْقُوفًا فَإِنْ أَجَازَهُ الْمَالِكُ وَقَعَ لَهُ أَجْرُهُ وَإِلَّا ضَمِنَهُ الْمُتَصَرِّفُ وَكَانَ أَجْرُهُ لَهُ صَرَحَ بِهِ الصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَأَمَّا الْإِبْضَاعُ فَتَزْوِيجُ امْرَأَةِ الْمَفْقُودِ إِذَا كَانَتْ غَيْبَتُهُ ظَاهِرًا هَلَاكُهَا فَإِنَّ امْرَأَتَهُ تَتَرَبَّصُ أَرْبَعَ سِنِينَ ثُمَّ تَعْتَدُّ وَتَبَاحُ لِلْأَزْوَاجِ وَفِي تَوْقُفِ ذَلِكَ عَلَى الْحَاكِمِ رَوَايَتَانِ. وَاخْتَلَفَ فِي مَأْخِذِهِمَا فَقِيلَ: لِأَنَّ أَمَارَاتِ مَوْتِهِ ظَاهِرَةٌ فَهُوَ كَالْمَيِّتِ حُكْمًا، وَقِيلَ: بَلْ لِأَنَّ انْتِظَارَهُ يَعْظُمُ بِهِ الضَّرَرُ عَلَى زَوْجَتِهِ فَيَبَاحُ لَهَا فَسْخُ نِكَاحِهِ كَمَا لَوْ ضَارَهَا بِالْغَيْبَةِ وَامْتَنَعَ مِنَ الْقُدُومِ مَعَ الْمُرَاسَلَةِ وَعَلَى هَذَيْنِ الْمَأْخِذَيْنِ يَبْنِي أَنَّ الْفُرْقَةَ هَلْ تَبْطُلُ ظَاهِرًا وَيَاطُنًا أَوْ ظَاهِرًا فَقَطْ وَتَبْنِي الْاِخْتِلَافُ فِي طَلَاقِ الْمُوَلَّى لَهَا وَلَهُ، مَأْخِذٌ ثَالِثٌ وَهُوَ الْأَظْهَرُ وَهُوَ أَنَّ الْحَاجَةَ دَعَتْ هُنَا إِلَى التَّصَرُّفِ فِي حَقِّهِ مِنْ بَضْعِ الزَّوْجَةِ بِالْفَسْخِ عَلَيْهِ فَيَصِحُّ الْفَسْخُ وَيُزَوِّجُهَا بِغَيْرِهِ ابْتِدَاءً لِلْحَاجَةِ فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ فَالْأَمْرُ عَلَى مَا هُوَ عَلَيْهِ وَإِنْ ظَهَرَ فَإِنْ ذَلِكَ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَتِهِ فَإِذَا قَدِمَ فَإِنْ شَاءَ أَمْضَاهُ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ.

وَالْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ لَا تَدْعُو الْحَاجَةَ إِلَى هَذَا التَّصَرُّفِ ابْتِدَاءً بَلْ إِلَى صِحَّتِهِ وَتَنْفِيدِهِ بِأَنْ تَطُولَ مُدَّةُ التَّصَرُّفِ وَتَكْثُرَ وَيَتَعَدَّدَ اسْتِرْدَادُ أَعْيَانِ أَمْوَالِهِ فَالْأَصْحَابُ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَشْهُرُهُمَا: أَنَّهُ عَلَى الْخِلَافِ الْآتِي ذِكْرُهُ. وَالثَّانِي: أَنَّهُ يُنْفِذُهَا هُنَا بِدُونِ إِجَازَةٍ دَعَا لِيُضَرَّ الْمَالِكُ بِتَقْوِيَةِ الرِّبْحِ وَضَرَرَ الْمُشْتَرِي بِتَحْرِيمِ مَا قَبِضُوهُ بِهِ الْعُقُودَ وَهَذِهِ طَرِيقَةُ صَاحِبِ التَّلْخِيصِ فِي بَابِ الْمُضَارَبَةِ وَصَاحِبِ الْمُعْنَى فِي مَوْضِعٍ مِنْهُ.

وَالْقِسْمُ الثَّالِثُ: أَنْ لَا تَدْعُو الْحَاجَةَ إِلَى ذَلِكَ ابْتِدَاءً وَلَا دَوَامًا فَهَذَا الْقِسْمُ فِي بَطْلَانِ

التَّصَرُّفِ فِيهِ مِنْ أَصْلِهِ وَوُقُوفِهِ عَلَى إِجَازَةِ الْمَالِكِ وَتَنْفِيذِهِ رَوَايَتَانِ مَعْرُوفَتَانِ، وَأَعْلَمُ أَنَّ لِتَصَرُّفِ الشَّخْصِ فِي مَالٍ غَيْرِهِ حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ لِمَالِكِهِ فَهَذَا مَحَلُّ الْخِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ وَهُوَ نَائِبٌ فِي التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ بِالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَنَحْوَهُمَا. وَأَمَّا فِي النِّكَاحِ فَلِلْأَصْحَابِ فِيهِ طَرِيقَانِ: أَحَدُهُمَا: إِجْرَاؤُهُ عَلَى الْخِلَافِ وَهُوَ مَا قَالَ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ، وَالثَّانِي: الْجَزْمُ بِطُلَانِهِ قَوْلًا وَاحِدًا وَهُوَ طَرِيقُ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا فِي رَوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ فَعَلَى هَذَا لَوْ زَوَّجَ الْمَرْأَةَ أَجْنَبِيًّا ثُمَّ أَجَازَ الْوَلِيُّ لَمْ يَنْفَذْ بِغَيْرِ خِلَافٍ كَمَا لَوْ زَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا، نَعَمْ لَوْ زَوَّجَ غَيْرُ الْآبِ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ الصَّغِيرَةِ بِدُونِ إِذْنِهَا أَوْ زَوَّجَ الْوَلِيُّ الْكَبِيرَةَ بِدُونِ إِذْنِهَا فَهَلْ يَبْطُلُ مِنْ أَصْلِهِ أَوْ يَقِفُ عَلَى إِجَازَتِهَا عَلَى رَوَايَتَيْنِ ذَكَرَ ذَلِكَ ابْنُ أَبِي مُوسَى.

الْحَالَةُ الثَّانِيَّةُ: أَنْ يَتَصَرَّفَ لِنَفْسِهِ وَهُوَ الْغَاصِبُ وَمَنْ يَتَمَلَّكُ مَالَ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ فَيَجِيزُهُ لَهُ الْمَالِكُ فَأَمَّا الْغَاصِبُ فَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي جَمِيعِ تَصَرُّفَاتِهِ الْحُكْمِيَّةِ: رَوَايَتَيْنِ: إِحْدَاهُمَا: الْبُطْلَانُ. وَالثَّانِيَّةُ: الصَّحَّةُ قَالَ وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْعِبَادَاتُ كَالطَّهَارَةِ وَالزَّكَاةِ وَالْحَجِّ وَالْعُقُودُ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالنِّكَاحِ وَعَلَى ذَلِكَ جَمَاعَةٌ مِمَّنْ بَعْدَهُ ثُمَّ مِنْهُمْ مَنْ أَطْلَقَ هَذَا الْخِلَافَ غَيْرَ مُقْبِلٍ بِالْوُقُوفِ عَلَى الْإِجَارَةِ وَمِنْهُمْ مَنْ قَيَّدَهُ بِهَا كَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُعْنِيِّ فِي مَوْضِعٍ مِنْ كَلَامِهِمَا فَإِنْ أُريدَ بِالصَّحَّةِ مِنْ غَيْرِ وَقْفٍ عَلَى الْإِجَارَةِ وَوُقُوعِ التَّصَرُّفِ مِنَ الْمَالِكِ وَإِفَادَةِ ذَلِكَ لِلْمَالِكِ لَهُ فَهُوَ الطَّرِيقُ الثَّانِي فِي الْقِسْمِ الثَّانِي الَّذِي سَبَقَ ذِكْرُهُ وَإِنْ أُريدَ الْوُقُوعُ لِلْغَاصِبِ مِنْ غَيْرِ إِجَازَةٍ فَفَاسِدٌ قَطْعًا فِي صُورَةِ شِرَائِهِ فِي الذِّمَّةِ إِذَا نَفَذَ الْمَالُ مِنَ الْمَغْضُوبِ فَإِنَّ الْمَلِكَ ثَبَتَ لَهُ فِيهَا نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ وَلَا يَتَأْفِي ذَلِكَ قَوْلُنَا: إِنْ رُبِحَ لِلْمَالِكِ؛ لِأَنَّهُ فَائِدَةٌ مَالِهِ وَيَلْزَمُهُ فَيَخْتَصُّ بِهِ وَإِنْ كَانَ أَصْلُ الْمَلِكِ لِبُغْيِهِ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَمِنْ فُرُوعِ ذَلِكَ فِي الْعِبَادَاتِ الْمَالِيَّةِ لَوْ أَخْرَجَ الزَّكَاةَ عَنْ مَالِهِ مِنْ مَالٍ حَرَامٍ فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَقَعُ بَاطِلًا وَحَكَى عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ إِنْ أَجَازَهُ الْمَالِكُ أَجْزَأَتْهُ وَلَا فَلَا.

وَمِنْهَا: لَوْ تَصَدَّقَ الْغَاصِبُ بِالْمَالِ فَإِنَّهُ لَا تَقَعُ الصَّدَقَةُ لَهُ وَلَا يَثَابُ عَلَيْهِ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةَ بَغِيٍّ طَهُورٍ وَلَا صَدَقَةً مِنْ غُلُولٍ» وَلَا يَثَابُ الْمَالِكُ عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا لِعَدَمِ نِسْبَتِهِ إِلَيْهِ، ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فَنُونِهِ وَنَقَلَ عَنْهُ وَنَقَلَ نَحْوَهُ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ

وَمِنْ النَّاسِ مَنْ قَالَ يَتَابُ الْمَالِكُ عَلَيْهِ وَرَجَّحَهُ بَعْضُ شُيُوخِنَا هَذَا الَّذِي تَوَلَّدَ مِنْ مَالٍ
اِكْتَسَبَهُ فَيُوجَرُ وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْهُ كَمَا يُوجَرُ عَلَى الْمَصَائِبِ الَّتِي تَوَلَّدَ لَهُ خَيْرًا وَعَلَى عَمَلٍ وَلِكِهِ
الصَّالِحِ وَعَلَى مَا يَنْتَفِعُ بِهِ النَّاسُ وَالِدَوَابُّ مِنْ زَرْعِهِ وَكِمَارِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ غَضِبَ شَاةٌ فَذَبَحَهَا لِمُتَعْتِهِ أَوْ قَرَانِهِ مَثَلًا فَإِنَّهُ لَا يُجْزئُهُ صَرَحَ بِهِ الْأَصْحَابُ
وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةٍ عَلَى بَنِ سَعِيدٍ؛ لِأَنَّ أَصْلَ الذَّبْحِ لَمْ يَقَعْ قُرْبَةً مِنَ الْإِبْتِدَاءِ فَلَا
يَنْقَلِبُ قُرْبَةً بَعْدَهُ كَمَا لَوْ ذَبَحَهَا لِلْحِمَا ثُمَّ نَوَى بِهَا الْمُتَعْتَةَ، وَحَكَى الْأَصْحَابُ رَوَايَةً مَوْفُوفَةً
عَلَى إِجَازَةِ الْمَالِكِ كَالزَّكَاةِ وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى الْفَرْقِ بَيْنَ أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهَا لِعَبْدِهِ فَلَا يُجْزئُهُ وَبَيْنَ
أَنْ يَظُنَّهَا لِنَفْسِهِ فَتُجْزئُهُ فِي رَوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَسَنَدِي وَسَوَى كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ بَيْنَهُمَا فِي
حِكَايَةِ الْخِلَافِ وَلَا يَصِحُّ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَنْكَحَ الْأَمَةُ الْمَغْصُوبَةَ وَفِي وَفْقِهِ عَلَى الْإِجَازَةِ الْخِلَافُ، وَعَلَى طَرِيقَةِ أَبِي بَكْرٍ
وَأَبْنِ أَبِي مُوسَى هُوَ بَاطِلٌ قَوْلًا وَاحِدًا وَيَبْعُدُ هَاهُنَا الْقَوْلُ بِنَفْوْذِهِ مُطْلَقًا وَبِدُونِ إِجَازَةٍ بَلْ هُوَ
بَاطِلٌ مُخَالَفٌ لِنَصِّ السُّنَّةِ وَلِنُصُوصِ أَحْمَدَ الْمُتَكَثِّرَةِ وَأَمَّا مَنْ يَتَمَلَّكُ مَالٌ غَيْرُهُ لِنَفْسِهِ
يَعْوِضُ أَوْ غَيْرِهِ فَيُجْزئُهُ لِمَالِكٍ فَهُوَ شَيْءٌ يَتَصَرَّفُ الْفُضُولِيُّ الْمَحْضُ فَيُخْرَجُ عَلَى الْخِلَافِ
فِيهِ. وَمِنْ صُورِ ذَلِكَ مَا إِذَا قَالَ: عَبْدُ فُلَانٍ حُرٌّ فِي مَالِي فَأَجَازَهُ الْمَالِكُ فَالْمَنْصُوصُ عَنْ
أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَنْفُذُ وَخَرَجَ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَجْهًا بِنَفْوْذِهِ بِالْإِجَازَةِ وَيَلْزِمُهُ ضَمَانُهُ.

الْقِسْمُ الرَّابِعُ: التَّصَرُّفُ لِلْغَيْرِ فِي الذِّمَّةِ دُونَ الْمَالِ بِغَيْرِ وَلَايَةٍ عَلَيْهِ فَإِنْ كَانَ بِعَقْدِ نِكَاحٍ
فَفِيهِ الْخِلَافُ السَّابِقُ وَإِنْ كَانَ بِبَيْعٍ وَنَحْوِهِ مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَ فِي ذِمَّتِهِ فَطَرِيقَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ
غَيْرُ الْخِلَافِ أَيْضًا قَالَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ فِي مَوْضِعٍ وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي الْإِنْتِصَارِ. وَالثَّانِي:
الْجَزْمُ بِالصَّحَّةِ هَاهُنَا قَوْلًا وَاحِدًا ثُمَّ إِنْ أَجَازَهُ الْمُشْتَرِي لَهُ مَلَكُهُ وَإِلَّا لَزِمَ مِنْ اشْتِرَائِهِ، وَهُوَ
قَوْلُ الْخِرَقِيِّ وَالْأَكْثَرِينَ وَقَالَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ آخَرَ وَأَبْنُ عَقِيلٍ: يَصِحُّ بِغَيْرِ خِلَافٍ لَكِنْ
هَلْ يَلْزَمُ الْمُشْتَرِي إِبْتِدَاءً أَوْ بَعْدَ رَدِّ الْمُشْتَرِي لَهُ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ، وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ هَلْ
تَفْتَقِرُ الْحَالُ بَيْنَ أَنْ يُسَمَّى الْمُشْتَرِي لَهُ فِي الْعَقْدِ أَمْ لَا فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ لَا فَرَقَ بَيْنَهُمَا، مِنْهُمْ
ابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُغْنِيِّ وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ إِنْ سَمَّاهُ فِي الْعَقْدِ فَهُوَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى لَهُ بِعَيْنِ
مَالِهِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ فِي غَالِبِ ظَنِّي وَأَبْنُ الْمُنَى كَذَا، وَهُوَ مَفْهُومُ
كَلَامِ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ.

الْقِسْمُ الْخَامِسُ: التَّصَرُّفُ فِي مَالِ الْغَيْرِ بِإِذْنِهِ عَلَى وَجْهِ تَحْصُلٍ فِيهِ مُخَالَفَةُ الْإِذْنِ وَهُوَ

نَوَعَان: أَحَدُهُمَا: أَنْ تَحْصُلَ مُخَالَفَةُ الْإِذْنِ عَلَى وَجْهِ يَرْضَى بِهِ عَادَةً بِأَنْ يَكُونَ التَّصَرُّفُ الْوَاقِعُ أَوَّلَى بِالرُّضَا بِهِ مِنَ الْمَادُّونِ فِيهِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَصِحُّ اعْتِبَارًا فِيهِ بِالْإِذْنِ الْعُرْفِيِّ. وَمِنْ صُورِ ذَلِكَ: مَا لَوْ قَالَ: بَعُهُ بِمِائَةِ فَبَاعَهُ بِثَمَانِينَ فَإِنَّهُ يَصِحُّ. وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: اشْتَرِ لِي بِمِائَةٍ فَاشْتَرَى لَهُ بِثَمَانِينَ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ لَهُ بَعُهُ بِمِائَةٍ نَسِئَةً فَبَاعَهُ بِمِائَةٍ نَقْدًا فَإِنَّهُ يَصِحُّ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: بَعُهُ بِمِائَةٍ دِرْهَمٍ فَبَاعَهُ بِمِائَةِ دِينَارٍ فَإِنَّهُ يَصِحُّ عَلَى الصَّحِيحِ وَفِيهِ وَجْهٌ لَا يَصِحُّ لِمُخَالَفَتِهِ فِي جِنْسِ التَّقْدِيرِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: بَعْ هَذِهِ الشَّاةُ بِدِينَارٍ فَبَاعَهَا بِدِينَارٍ وَتَوَبَّ أَوْ ابْتَاعَ شَاةً وَتَوَبَّا بِدِينَارٍ فَإِنَّهُ يَصِحُّ قَالَ الْقَاضِي: هُوَ الْمَذْهَبُ ثُمَّ ذَكَرَ احْتِمَالًا أَنَّهُ يَبْطُلُ فِي التَّوْبِ بِحَصَّتِهِ مِنَ الشَّاةِ لِأَنَّهُ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَمَرَ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ شَاةً بِدِينَارٍ فَاشْتَرَى شَاتَيْنِ بِالدِّينَارَيْنِ تَسَاوِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِينَارًا فَإِنَّهُ يَصِحُّ لِذَلِكَ فَإِنْ بَاعَ أَحَدَهُمَا بِدُونِ إِذْنِهِ فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُخْرَجُ عَلَى التَّصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ. وَالثَّانِي: وَجْهًا وَاحِدًا وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ لِخَبَرِ عُرْوَةَ بْنِ الْجَعْدِ وَلَآنَ مَا فَوْقَ الشَّاةِ الْمَأْمُورِ بِهَا لَمْ يَتَّعِنَ أَنَّهُ صَحِيحٌ فَصَارَ مَوْكُولًا إِلَى نَظَرِهِ وَمَا يَرَاهُ.

النَّوعُ الثَّانِي: أَنْ يَقَعَ التَّصَرُّفُ مُخَالَفًا لِلْإِذْنِ عَلَى وَجْهِ لَا يَرْضَى بِهِ الْإِذْنُ عَادَةً مِثْلُ مُخَالَفَةِ الْمُضَارِبِ وَالْوَكِيلِ فِي صَفَقَةِ الْعَقْدِ دُونَ أَصْلِهِ كَأَنْ يَبِيعَ الْمُضَارِبُ نَسْتًا عَلَى قَوْلِنَا بِمَنْعِهِ مِنْهُ أَوْ يَبِيعَ الْوَكِيلُ بِدُونِ ثَمَنِ الْمِثْلِ أَوْ يَشْتَرِيَ بِأَكْثَرِ مِنْهُ أَوْ يَبِيعَ نَسْتًا أَوْ يَغِيرَ نَقْدَ الْبَلَدِ صَرَحَ الْقَاضِي فِي الْمَجْرَدِ بِاسْتَوَاءِ الْجَمِيعِ فِي الْحُكْمِ فَلِلْأَصْحَابِ هَاهُنَا طَرُقٌ أَحَدُهَا أَنَّهُ يَصِحُّ وَيَكُونُ الْمُتَصَرِّفُ ضَامِنًا لِلْمَالِكِ وَهُوَ اخْتِبَارُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَمَنْ أَتْبَعَهُ فِي الْمُخَالَفَةِ فِي الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ هُنَا مُسْتَنَدٌ أَصْلُهُ إِلَى إِذْنٍ صَحِيحٍ وَإِنَّمَا وَقَعَتِ الْمُخَالَفَةُ فِي بَعْضِ أَوْصَافِهِ فَيَصِحُّ الْعَقْدُ بِأَصْلِ الْإِذْنِ وَيَضْمَنُ الْمُخَالَفُ لِمُخَالَفَتِهِ فِي صِفَتِهِ وَعَلَى هَذَا فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَبِيعَ الْوَكِيلُ بِدُونِ ثَمَنِ الْمِثْلِ أَوْ يَشْتَرِيَ بِأَكْثَرِ مِنْهُ عَلَى الْمَنْصُوصِ فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَأَبْطَلَهُ فِي صُورَةِ الشَّرَاءِ كَصَاحِبِ الْمُغْنِيِّ وَالسَّامِرِيِّ وَلَا فَرْقَ أَيْضًا بَيْنَ أَنْ يَقْدَرَ لَهُ الثَّمَنُ أَوْ لَا عَلَى أَصَحِّ الطَّرِيقَيْنِ وَصَرَحَ بِهِ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى ذَلِكَ فِي رَوَايَةِ الْأَثَرِمْ وَأَبِي دَاوُدَ وَابْنِ مَنْصُورٍ. وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَبْطُلُ

العقد مع مخالفته التسمية لمخالفة صريح الإذن بخلاف ما إذا لم يُسمه فإنه إنما خالف دالة العرف، ومن قال ذلك القاضي في المجرد وابن عقيل في فصوله وفرق القاضي في خلافه وكثير من الأصحاب بين البيع نسيًا وبغير نقد البلد فأبطله فيهما بخلاف نقص الثمن وزيادة وفرقوا بأن المخالفة في النساء وبغير نقد البلد وقعت في جميع العقد وفي النقص والزيادة وفي بعضه، وفيه ضعف وقد نص أحمد على التفريق بينهما في رواية ابن منصور. والطريقة الثانية: أن في الجميع روايتين:

إحداهما: الصحة والضمان. والثانية: البطلان وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل وصححا رواية البطلان وتأولا رواية الضمان على بطلان العقد وأن العين تعدل ردّها فيأخذ المالك الثمن ويضمن المشتري ما نقص من قيمة السلعة من الثمن. وهذا بعيد جدًا وهو مخالف لصريح كلام أحمد وحاصل هذه الطريقة أن هذه المخالفة كتصرف الفضولي سواء وظاهر كلام الخريفي في الوقف هاهنا عن الإجازة دون المخالفة لأصل العقد مثل أن يشتري بعين ماله ما لم يأذن له في شرائه فإنه صرح في البطلان هاهنا وجعله كتصرف الفضولي المحض، ونص أحمد في رواية عبد الله وصالح فيمن أمر رجلًا أن يشتري له شيئًا فخالفه كان ضامنًا فإن شاء الذي أعطاه ضمنه وأخذ ما دفعه إليه وإن شاء أجاز البيع، فإن كان فيه ربح فهو لصاحب المال على حديث عروة والبارقي وهذا نص للوقف بالمخالفة إلا أنه لم يقيده بالمخالفة بالصفة.

والطريقة الثالثة: أن في البيع بدون ثمن المثل وبغير نقد البلد إذا لم يقدر له الثمن ولا عين النقد روايتين: البطلان كتصرف الفضولي والصحة. ولا يضمن الوكيل شيئًا لأن إطلاق العقد يقتضي البيع بأي ثمن كان وأي نقد كان بناء على أن الأمر بالمأهية الكلية ليس أمرًا بشيء من جزئياتها والبيع نسيًا كالبيع بغير نقد البلد وهذه الطريقة سلكها القاضي في المجرد وابن عقيل أيضًا في موضع آخر وهي بعيدة جدًا لمخالفته لمنصوص أحمد وكذلك حكم المخالفة في المهر فلو أذنت المرأة لوكيلها أن يزوجهما بمهر سمته فزوجها بدونه، فإنه يصح ويضمن الزيادة نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وحكى الأصحاب رواية أخرى أنه يسقط المسمى ويلزم الزوج مهر المثل وكذا لو لم يسم المهر فإن الإطلاق يتصرف إلى مهر المثل ويستثنى من ذلك الأب خاصة فإنه لا يلزم في عقده سوى المسمى ولو لم تأذن فيه أو طلبت تمام المهر نص عليه في رواية مهنا وأما المخالفة في عوض

الْخُلْعُ إِذَا خَالَعَ وَكِيلُ الزَّوْجَةِ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ أَوْ وَكِيلُ الزَّوْجِ بِدُونِهِ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ: الْبُطْلَانُ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ وَالْقَاضِي، وَالصَّحَّةُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ وَمَنْصُوصُ أَحْمَدَ، وَالْبُطْلَانُ بِمُخَالَفَتِهِ وَكِيلُهُ وَالصَّحَّةُ بِمُخَالَفَتِهِ وَكِيلُهَا، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ وَمَعَ الصَّحَّةِ يَضْمَنُ الْوَكِيلُ الزِّيَادَةَ وَالنَّقْصَ وَهَذَا الْخِلَافُ مِنَ الْأَصْحَابِ مِنْهُمْ مَنْ أَطْلَقَهُ مَعَ تَقْدِيرِ الْمَهْرِ وَتَرْكِهِ وَمِنْهُمْ مَنْ خَصَّهُ بِمَا إِذَا وَقَعَ التَّقْدِيرُ، فَأَمَّا مَعَ الْإِطْلَاقِ فَيَصِحُّ الْخُلْعُ وَجْهًا وَاحِدًا وَفِيهِ وَجْهَانِ آخَرَانِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي:

أَحَدُهُمَا: يَبْطُلُ الْمُسَمَّى وَيَرْجِعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ. وَالثَّانِي: يُخَيَّرُ الزَّوْجُ بَيْنَ قَبُولِ الْعَوَضِ نَاقِصًا وَلَا شَيْءٍ لَهُ غَيْرُهُ وَيَسْقُطُ حَقُّهُ مِنَ الرَّجْعَةِ وَبَيْنَ رَدِّهِ عَلَى الْمَرْأَةِ وَيَثْبُتَ لَهُ الرَّجْعَةُ وَفِي مُخَالَفَتِهِ وَكِيلُ الزَّوْجَةِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يُلْزَمُهَا أَكْثَرُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْمُسَمَّى وَمَهْرِ الْمِثْلِ. ذَكَرَهُ ابْنُ الْبَنَّا.

الْقِسْمُ السَّادِسُ: التَّصَرُّفُ لِلْغَيْرِ بِمَالِ الْمُتَصَرِّفِ مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِعَيْنِ مَالِهِ سِلْعَةً لَزِيدٍ فَبِئْسَ الْمُجَرَّدُ يَقَعُ بَاطِلًا رَوَايَةً وَاحِدَةً وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ خَرَجَهُ عَلَى الْخِلَافِ فِي تَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ وَهُوَ أَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَقِفُ عَلَى الْإِجَازَةِ وَيُعْتَبَرُ الثَّمَنُ مِنْ مَالِهِ يَكُونُ إِفْرَاضًا لِلْمُشْتَرِي لَهُ أَوْ هِبَةً لَهُ فَهُوَ كَمَنْ وَجِبَ لِغَيْرِهِ عَقْدٌ فِي مَالِهِ فَقِيلَ الْآخَرُ بَعْدَ الْمَجْلِسِ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى صِحَّةِ مِثْلِ ذَلِكَ فِي النِّكَاحِ فِي رَوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ وَالصَّحِيحُ فِي تَوَجُّهِهَا أَنَّهَا مِنْ بَابِ وَقْفِ الْعُقُودِ عَلَى الْإِجَازَةِ وَهُوَ مَا أَخَذَ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ فَعَلَى هَذَا لَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ عَقْدٍ وَعَقْدٍ فَكُلُّ مَنْ أَوْجَبَ عَقْدَ الْعَائِبِ عَنِ الْمَجْلِسِ فَلَبَّغَهُ فَقِيلَ فَقَدْ أَجَازَهُ وَأَمْضَاهُ وَيَصِحُّ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ، وَيَرَى أَبُو بَكْرٍ رَوَايَةَ أُخْرَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ وَاخْتَارَهَا.

الْحَادِيَةُ وَالْعِشْرُونَ: الْفَائِدَةُ الثَّانِيَةُ: الصِّقَّةُ الْوَاحِدَةُ هَلْ تَتَفَرَّقُ فَيَصِحُّ بَعْضُهَا دُونَ بَعْضٍ أَمْ لَا فَإِذَا بَطَلَ بَعْضُهَا بَطَلَ كُلُّهَا؟ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ أَشْهُرُهُمَا أَنَّهَا تَتَفَرَّقُ وَلِلْمَسْأَلَةِ صَوْرٌ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ يَجْمَعُ الْعُقْدَيْنِ مَا يَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَيْهِ وَمَا لَا يَجُوزُ بِالْكُلِّيَّةِ إِمَّا مُطْلَقًا أَوْ فِي تِلْكَ الْحَالِ فَيَبْطُلُ الْعَقْدُ فِيمَا لَا يَجُوزُ عَلَيْهِ الْعَقْدُ بِانْفِرَادِهِ وَهَلْ يَبْطُلُ فِي الْبَاقِي؟ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ. وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ وَغَيْرِهَا كَالرَّهْنِ وَالْهَبَةِ وَالْوَقْفِ وَلَا بَيْنَ مَا يَبْطُلُ بِجَهَالَةِ عَوِضِهِ كَالْمُبِيعِ وَمَا لَا يَبْطُلُ كَالنِّكَاحِ فَإِنَّ النِّكَاحَ فِيهِ رَوَايَتَانِ مَنْصُوصَتَانِ عَنْ أَحْمَدَ غَيْرَ أَنَّ صَاحِبَ الْمُعْنَى اخْتَارَ أَنَّ الْبَيْعَ إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مُنْقَسِمًا عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ كَعَبْدَيْنِ أَحَدُهُمَا

مَغْصُوبٌ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ فِيهِمَا تَعْلِيلًا بِجَهَالَةِ الْعَوَضِ بِخِلَافِ مَا يُقَسَّمُ الثَّمَنُ عَلَيْهِ بِالْأَجْزَاءِ كَقَفْزٍ مِنْ صَبْرَةٍ وَاحِدَةٍ وَهَذَا مَاخِذُ الْبُطْلَانِ وَرَأَى تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ كَمَا لَوْ قَالُوا فِيمَا إِذَا بَاعَ مَعْلُومًا وَمَجْهُولًا: إِنَّهُ لَا يَصِحُّ رَوَايَةٌ وَاحِدَةً؛ لَجَهَالَةِ الثَّمَنِ فَهَذَا هُوَ الْمَانِعُ هُنَا مِنْ تَفْرِيقِهِمَا وَفِي التَّلْخِيصِ أَنَّ لِلْبُطْلَانِ فِي الْكُلِّ مَاخِذَيْنِ: أَحَدُهُمَا: كَوْنُ الصَّفَقَةِ لَا تَقْبَلُ التَّجْزِئَةَ وَالْأَنْقِسَامَ.

وَالثَّانِي: جَهَالَةُ الْعَوَضِ، قَالَ: فَعَلَى الْأَوَّلِ يَطْرُدُ الْخِلَافُ فِي كُلِّ الْعُقُودِ وَعَلَى الثَّانِي لَا يَطْرُدُ فِيمَا لَا عَوَضَ فِيهِ أَوْ لَا يَفْسُدُ بِفَسَادِ عَوَضِهِ كَالنِّكَاحِ، قَالَ: عَلَى الْأَوَّلِ لَوْ قَالَ: يُقْبَلُ كُلُّ وَاحِدٍ بِكَذَا لَمْ يَصِحَّ وَيَصِحُّ عَلَى الثَّانِي انْتَهَى ثُمَّ إِنَّهُ حَكِيَ فِي تَعَدُّدِ الصَّفَقَةِ تَفْصِيلُ الثَّمَنِ وَجْهَيْنِ وَصَحَّحَ بَعْدَهَا فَعَلَى هَذَا يَصِحُّ فِي قَوْلِهِ: يُقْبَلُ كُلُّ وَاحِدٍ بِكَذَا عَلَى الْمَاخِذَيْنِ ثُمَّ أَنَّهُ اخْتَارَ أَنَّ الْمُتَبَايِعِينَ إِنْ عَلِمَا أَنَّ بَعْضَ الصَّفَقَةِ غَيْرُ قَابِلٍ لِلْبَيْعِ لَمْ يَصِحَّ رَوَايَةٌ وَاحِدَةً؛ لِأَنَّهُمَا دَخَلَا عَلَى جَهَالَةِ الثَّمَنِ وَإِنْ جَهَلَا ذَلِكَ فَهُوَ مَحَلُّ الرُّوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الْجَهْلَ بِمِثْلِ ذَلِكَ تَأْثِيرٌ فِي الصَّحَّةِ كَمَا لَوْ شَرَى الْمِيعَ الَّذِي لَا يَسْقُطُ أَرْضُهُ بَعْدَ الْعِنَقِ وَهَذَا ضَعِيفٌ فَإِنَّ الْبَائِعَ عِلِمَ بِالْعَيْبِ فِي الْعَقْدِ وَلَا يَمْنَعُ الصَّحَّةَ وَكَذَا فِي بَيْعِ النَّجْشِ وَاخْتَارَ الْبَائِعُ بِنِزَادَةٍ عَلَى الثَّمَنِ عَمْدًا فَإِنَّ الْبَيْعَ يَصِحُّ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ وَيَسْقُطُ بَعْضُ الثَّمَنِ وَهَاهُنَا طَرِيقَةٌ ثَانِيَةٌ لِدَفْعِ جَهَالَةِ الثَّمَنِ وَهِيَ تَقْسِيمُهُ عَلَى عَدَدِ الْمِيعِ لَا عَلَى الْقِيمِ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ وَجَهَا فِي بَابِ الشَّرَكَةِ وَالْكِتَابَةِ مِنَ الْمُجَرَّدِ وَالْفُضُولِ فِيمَا إِذَا بَاعَ عَبْدَيْنِ أَحَدُهُمَا لَهُ وَالْآخَرَ لِغَيْرِهِ أَنَّ الثَّمَنَ يَنْقَسُطُ عَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ كَمَا لَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَتَيْنِ فِي عَقْلٍ وَهَذَا بَعِيدٌ جِدًّا وَلَا أَظُنُّ يَطْرُدُ إِلَّا فِيمَا إِذَا كَانَ جِنْسًا وَاحِدًا. وَذَكَرَ فِي بَابِ الضَّمَانِ مِنْ كِتَابَيْهِمَا طَرِيقَةً ثَالِثَةً وَهِيَ أَنَّهُ يُمْسِكُ وَيَصِحُّ الْعَقْدُ عَلَيْهِ بِكُلِّ الثَّمَنِ أَوْ يَرُدُّهُ وَهَذَا فِي غَايَةِ الْفُسَادِ اللَّهُمَّ إِلَّا أَنَّ يَخْصُ هَذَا بِمَنْ كَانَ عَالِمًا بِالْحَالِ، وَأَنَّ بَعْضَ الْمُعَقُّودِ عَلَيْهِ لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ عَلَيْهِ فَيَكُونُ قَدْ دَخَلَ عَلَى بَذْلِ الثَّمَنِ فِي مُقَابَلَةٍ مَا يَصِحُّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ خَاصَّةً كَمَا نَقُولُ فِيمَنْ أَوْصَى لِحَيٍّ وَمَيِّتٍ يَعْلَمُ مَوْتَهُ بِشَيْءٍ أَنَّ الْوَصِيَّةَ كُلَّهَا لِلْحَيِّ. وَلِبَعْضِهِمْ طَرِيقَةٌ أُخْرَى فِي الْمَسْأَلَةِ وَهِيَ إِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَجُوزُ عَلَيْهِ الْعَقْدُ غَيْرُ قَابِلٍ لِلْمُعَاوَضَةِ بِالْكُلِّيَّةِ، كَالطَّرِيقِ بَطْلِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ قَابِلٍ لِلتَّحَوُّلِ بِالْكُلِّيَّةِ وَقِيَاسُهُ الْخَمْرُ وَإِنْ كَانَ قَابِلًا لِلصَّحَّةِ فِيهِ الْخِلَافُ. ذَكَرَهُ الْأَزْجِيُّ وَلَا يَثْبُتُ ذَلِكَ فِي الْمَذْهَبِ. وَعَلَى الْقَوْلِ بِالتَّفْرِيقِ فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِتَبْعِيضِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ وَلَهُ أَيْضًا الْأَرْضُ إِذَا أَمْسَكَ بِالْقِسْطِ فِيمَا يَنْقُصُ بِالتَّفْرِيقِ كَالْعَبْدِ الْوَاحِدِ وَالتُّوبِ

الوَاحِدِ ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي فِي الضَّمَانِ. الصُّورَةُ الثَّانِيَّةُ: أَنْ يَكُونَ التَّحْرِيمُ فِي بَعْضِ أَفْرَادِ الصَّقَّةِ نَاشِئًا مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْآخَرِ فَهَاهُنَا حَالَتَانِ إِحْدَاهُمَا أَنْ يَمْتَّازَ بَعْضُ الْأَفْرَادِ بِمِزْيَةٍ فَهَلْ يَصِحُّ الْعَقْدُ بِخُصُوصِهِ أَمْ يَبْطُلُ فِي الْكُلِّ؟ فِيهِ خِلَافٌ وَالْأَظْهَرُ صِحَّةُ الْمِزْيَةِ.

فَمِنْ أَمْثَلَةِ صُورِ ذَلِكَ: مَا إِذَا اجْتَمَعَ عَقْدُ نِكَاحٍ بَيْنَ أُمٍّ وَبِنْتٍ فَهَلْ يَبْطُلُ فِيهِمَا أَوْ يَصِحُّ فِي الْبِنْتِ لِصِحَّةِ وَرُودِ عَقْدِهَا عَلَى عَقْدِ الْأُمِّ مِنْ غَيْرِ عَكْسٍ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَمَعَ حُرٌّ وَاحِدٌ لِلطَّوْلِ أَوْ غَيْرُ خَافٍ لِلْعَنْتِ بَيْنَ حُرَّةٍ وَأُمٍّ فِي عَقْدٍ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ مَنصُوصَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: يَبْطُلُ النِّكَاحَانِ مَعًا. الثَّانِيَّةُ: يَصِحُّ نِكَاحُ الْحُرَّةِ وَحْدَهَا. وَهِيَ أَصَحُّ لِأَنَّهَا تَمْتَّازُ بِصِحَّةِ وَرُودِ نِكَاحِهَا عَلَى نِكَاحِ الْأُمِّ مِنْ غَيْرِ عَكْسٍ فَهِيَ كَالْبِنْتِ مَعَ الْأُمِّ وَأُولَى لِحُجُوزِ دَوَامِ نِكَاحِ الْأُمِّ مَعَهَا عَلَى الصَّحِيحِ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: أَنْ يَتَزَوَّجَ حُرٌّ خَافٍ لِلْعَنْتِ غَيْرُ وَاحِدٍ لِلطَّوْلِ حُرَّةٌ تُعَفُّ بِأَفْرَادِهَا وَأُمٌّ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ وَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَصِحُّ نِكَاحُ الْحُرَّةِ وَحْدَهَا وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ؛ لِأَنَّ الْحُرَّةَ تَمْتَّازُ عَلَى الْأُمِّ بِصِحَّةِ وَرُودِ نِكَاحِهَا عَلَيْهَا فَاخْتَصَّتْ بِالصَّحَّةِ.

وَالثَّانِي: يَصِحُّ نِكَاحُهُمَا مَعًا، قَالَ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي خِلَافِيهِمَا: لِأَنَّ لَهُ فِي هَذِهِ الْحَالِ قَبُولَ نِكَاحِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عَلَى الْإِنْفِرَادِ فَيَصِحُّ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا كَمَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ أُمٍّ ثُمَّ حُرَّةٍ. وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّ قُدْرَتَهُ عَلَى نِكَاحِ الْحُرَّةِ تَمْنَعُهُ مِنْ نِكَاحِ الْأُمِّ بِمُقَارَنَةِ نِكَاحِ الْحُرَّةِ أُولَى بِالْمَنْعِ. أَمَّا إِذَا كَانَ الْمُتَزَوِّجُ عَبْدًا وَقُلْنَا: بِمَنْعِهِ مِنْ نِكَاحِ الْأُمِّ عَلَى الْحُرَّةِ الَّتِي تُعَفُّ فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ كَالْحُرِّ سَوَاءٌ قَالَهُ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ.

وَالثَّانِي: يَصِحُّ جَمْعُهُ بَيْنَهُمَا فِي عَقْدٍ بِغَيْرِ خِلَافٍ وَ[.....] وَصَاحِبُ الْمُغْنِي لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا تَمْنَعُهُ الْقُدْرَةُ عَلَى نِكَاحِ الْحُرَّةِ مِنْ نِكَاحِ الْأُمِّ [.....] مُقَارَنَةِ نِكَاحِهِمَا وَإِنَّمَا يُمْنَعُ بِسَبْقِ نِكَاحِ الْحُرَّةِ. الْحَالَةُ الثَّانِيَّةُ: أَنَّهُ لَا يَمْتَّازُ بَعْضُهَا عَنْ بَعْضٍ بِمَوْتِهِ فَالْمَشْهُورُ الْبُطْلَانُ فِي الْكُلِّ إِذْ لَيْسَ بَعْضُهَا أُولَى بِبَعْضٍ فِي الصَّحَّةِ مِثْلُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدٍ أَوْ خَمْسًا فِي عَقْدٍ فَالْمَذْهَبُ الْبُطْلَانُ فِي الْكُلِّ نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ وَأَبِي الْحَارِثِ وَنَقَلَ عَنْهُ ابْنُ مَنصُورٍ إِذَا تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدٍ يَخْتَارُ إِحْدَاهُمَا وَتَأَوَّلَهُ الْقَاضِي عَلَى أَنَّهُ يَخْتَارُهَا بِعَقْدٍ

مُسْتَأْنَفٍ وَهُوَ بَعِيدٌ. وَخَرَجَ الْقَاضِي فِيمَا إِذَا زَوَّجَ الْوَلِيَّانِ مِنْ رَجُلَيْنِ وَقَعَا مَعًا أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ أَقْرَعَ لَهُ فَهِيَ زَوْجَتُهُ وَيُخْرَجُ هُنَا امْتِلَءُ.

الصُّورَةُ الثَّلَاثَةُ: أَنْ يَجْمَعَا فِي صَفَقَةٍ شَيْئَيْنِ يَصِحُّ الْعَقْدُ فِيهِمَا أَمْ يَبْطُلُ الْعَقْدُ فِي أَحَدِهِمَا قَبْلَ اسْتِقْرَارِهِ فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْبُطْلَانِ دُونَ الْآخَرِ. قَالَ الْقَاضِي وَأَبْنُ عَقِيلٍ: رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ، لَأَنَّ التَّفْرِيقَ وَقَعَ هُنَا دَوَامًا لَا ابْتِدَاءً وَالِدَوَامُ أَسْهَلُ مِنَ الْابْتِدَاءِ وَمَعَ هَذَا فَقَدْ حَكَمُوا فِيمَا إِذَا تَفَرَّقَ الْمُتَصَارِفَانِ عَنْ قَبْضِ بَعْضِ الصَّرْفِ أَنَّهُ يَبْطُلُ الْعَقْدُ فِيمَا لَمْ يَقْبِضْ وَفِي الْبَاقِي رَوَايَتَانِ. تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ وَهَذَا تَفْرِيقٌ فِي الدَّوَامِ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: الْقَبْضُ فِي الصَّرْفِ شَرْطٌ لَانْعِقَادِ الْعَقْدِ لَا لِلدَّوَامِ وَأَنَّ الْعَقْدَ مُرَاعَى بِوُجُودِهِ. صَرَّحَ بِهِ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ فَيَكُونُ التَّفْرِيقُ حَيْثُ تَلُو فِي الْابْتِدَاءِ غَيْرَ أَنَّ الْقَاضِي حَكَى الْخِلَافَ فِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ فِي السَّلَامِ وَالصَّرْفِ، تَصْرِيحُهُ فِي الْمَسْأَلَةِ بِأَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ لِلدَّوَامِ دُونَ الْانْعِقَادِ وَهَذَا يَقْتَضِي وَلَا بُدَّ تَخْرِيجِ الْخِلَافِ فِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ دَوَامًا قَبْلَ اسْتِقْرَارِ الْعَقْدِ. وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ الشَّامِيُّ أَنَّ مَالَ الزَّكَاةِ إِذَا بَاعَ ثُمَّ أَعْسَرَ الْبَائِعُ بِالزَّكَاةِ فَلِلْسَّاعِي الْفَسْخُ فِي قَدْرِهَا فَإِذَا فُسِخَ فِي قَدْرِهَا فَهَلْ يَنْفَسَخُ الْبَاقِي؟ يُخْرَجُ عَلَى رَوَايَتِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ وَهَذَا تَصْرِيحٌ بِإِجْرَاءِ الْخِلَافِ فِي التَّفْرِيقِ فِي الدَّوَامِ فَإِنْ انْفَسَخَ هُنَا بِسَبَبِ سَابِقٍ عَلَى الْعَقْدِ فَلَا يَسْتَقِرُّ الْعَقْدُ مَعَهُ فَهَذَا فِي الْبَيْعِ وَنَحْوِهِ فَأَمَّا فِي النِّكَاحِ فَإِنْ طَرَأَ مَا يَقْتَضِي تَحْرِيمَ إِحْدَى الْمَرَاتَيْنِ بَعَيْنَهَا كَرَدِّهِ وَرِضَاعٍ وَاخْتَصَصَتْ بِإِنْفِسَاخِ النِّكَاحِ وَحَدَهَا بِغَيْرِ خِلَافٍ وَإِنْ طَرَأَ مَا يَقْتَضِي تَحْرِيمَ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا مَزْنَةٌ بِأَنْ صَارَتَا أُمًَّا وَبَنَاتًا بِالْارْتِضَاعِ فَرَوَايَتَانِ أَصَحُّهُمَا يَخْتَصُّ الْإِنْفِسَاخُ بِالْأُمِّ وَحَدَهَا إِذَا لَمْ يَدْخُلْ بِهِمَا؛ لَأَنَّ الاسْتِدَامَةَ أَقْوَى مِنَ الْابْتِدَاءِ فَهُوَ كَمَنْ أَسْلَمَ عَلَى أُمِّ وَبَنَتٍ وَلَمْ يَدْخُلْ بِهِمَا فَإِنَّهُ يَثْبُتُ نِكَاحُ الْبَنَتِ دُونَ الْأُمِّ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

* * *

وُجِدَ فِي آخِرِ النُّسْخَةِ مَا نَصَّهُ: الْحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيرًا بِلَا انْتِهَاءٍ وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ تَسْلِيمًا كَثِيرًا دَائِمًا إِلَى يَوْمِ الدِّينِ، وَحَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ، وَلَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللَّهِ الْعَلِيِّ الْعَظِيمِ.

تَمَّتِ الْقَوَاعِدُ بِتَجْدِيدِ مَالِكِهَا الْفَقِيرِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ سَيِّفِ الْحَنْبَلِيِّ غَفَرَ اللَّهُ لَهُ وَلِوَالِدَيْهِ وَمَشَائِخِهِ فِي الدِّينِ آمِينَ.

* * *

مُحتَوِيلُ الْكِتَابِ

المقدمة ٣	القَاعِدَةُ الْحَادِيَةُ وَالْعِشْرُونَ . . . ٤٠
القَاعِدَةُ الْأُولَى ٧	القَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ وَالْعِشْرُونَ . . . ٤٠
القَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ ٨	القَاعِدَةُ الثَّالِثَةُ وَالْعِشْرُونَ . . . ٤٣
القَاعِدَةُ الثَّالِثَةُ ١٠	القَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ وَالْعِشْرُونَ . . . ٤٦
القَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ ١١	القَاعِدَةُ الْخَامِسَةُ وَالْعِشْرُونَ . . . ٤٨
القَاعِدَةُ الْخَامِسَةُ ١٣	القَاعِدَةُ السَّادِسَةُ وَالْعِشْرُونَ . . . ٥٠
القَاعِدَةُ السَّادِسَةُ ١٤	القَاعِدَةُ السَّابِعَةُ وَالْعِشْرُونَ . . . ٥١
القَاعِدَةُ السَّابِعَةُ ١٥	القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالْعِشْرُونَ . . . ٥١
القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ ١٦	القَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ وَالْعِشْرُونَ . . . ٥٣
القَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ ١٨	القَاعِدَةُ الثَّلَاثُونَ ٥٤
القَاعِدَةُ الْعَاشِرَةُ ٢٠	القَاعِدَةُ الْحَادِيَةُ وَالثَّلَاثُونَ . . . ٥٥
القَاعِدَةُ الْحَادِيَةُ عَشْرَةَ ٢١	القَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ وَالثَّلَاثُونَ . . . ٥٦
القَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ عَشْرَةَ ٢٢	القَاعِدَةُ الثَّالِثَةُ وَالثَّلَاثُونَ . . . ٥٧
القَاعِدَةُ الثَّالِثَةُ عَشْرَةَ ٢٤	القَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ وَالثَّلَاثُونَ . . . ٥٨
القَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ عَشْرَةَ ٢٧	القَاعِدَةُ الْخَامِسَةُ وَالثَّلَاثُونَ . . . ٥٨
القَاعِدَةُ الْخَامِسَةُ عَشْرَةَ ٢٩	القَاعِدَةُ السَّادِسَةُ وَالثَّلَاثُونَ . . . ٦٠
القَاعِدَةُ السَّادِسَةُ عَشْرَةَ ٣٠	القَاعِدَةُ السَّابِعَةُ وَالثَّلَاثُونَ . . . ٦٤
القَاعِدَةُ السَّابِعَةُ عَشْرَةَ ٣٢	القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالثَّلَاثُونَ . . . ٦٥
القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ عَشْرَةَ ٣٣	القَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ وَالثَّلَاثُونَ . . . ٦٧
القَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ عَشْرَةَ ٣٧	القَاعِدَةُ الْأَرْبَعُونَ ٦٨
القَاعِدَةُ الْعِشْرُونَ ٣٨	القَاعِدَةُ الْحَادِيَةُ وَالْأَرْبَعُونَ . . . ٧٠

١٤٤ . . .	القَاعِدَةُ الْخَامِسَةُ وَالسُّتُونَ	٧١	القَاعِدَةُ الثَّانِيَّةُ وَالْأَرْبَعُونَ
١٤٦ . . .	القَاعِدَةُ السَّادِسَةُ وَالسُّتُونَ	٧٣	القَاعِدَةُ الثَّالِثَةُ وَالْأَرْبَعُونَ
١٤٧ . . .	القَاعِدَةُ السَّابِعَةُ وَالسُّتُونَ	٨٠	القَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ وَالْأَرْبَعُونَ
١٤٨	القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالسُّتُونَ	٨٣	القَاعِدَةُ الْخَامِسَةُ وَالْأَرْبَعُونَ
١٥٢	القَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ وَالسُّتُونَ	٨٤	القَاعِدَةُ السَّادِسَةُ وَالْأَرْبَعُونَ
١٥٤	القَاعِدَةُ السَّبْعُونَ	٨٦	القَاعِدَةُ السَّابِعَةُ وَالْأَرْبَعُونَ
١٦٠	القَاعِدَةُ الْحَادِيَّةُ وَالسَّبْعُونَ	٨٩	القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالْأَرْبَعُونَ
١٦٣	القَاعِدَةُ الثَّانِيَّةُ وَالسَّبْعُونَ	٩١	القَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ وَالْأَرْبَعُونَ
١٦٥	القَاعِدَةُ الثَّالِثَةُ وَالسَّبْعُونَ	٩٣	القَاعِدَةُ الْخَمْسُونَ
١٦٦	القَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ وَالسَّبْعُونَ	٩٤	القَاعِدَةُ الْحَادِيَّةُ وَالْخَمْسُونَ
١٦٨	القَاعِدَةُ الْخَامِسَةُ وَالسَّبْعُونَ	٩٩	القَاعِدَةُ الثَّانِيَّةُ وَالْخَمْسُونَ
١٧٤	القَاعِدَةُ السَّادِسَةُ وَالسَّبْعُونَ	١٠٩	القَاعِدَةُ الثَّالِثَةُ وَالْخَمْسُونَ
١٨٠	القَاعِدَةُ السَّابِعَةُ وَالسَّبْعُونَ	١١٢	القَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ وَالْخَمْسُونَ
١٨٤	القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالسَّبْعُونَ	١١٤	القَاعِدَةُ الْخَامِسَةُ وَالْخَمْسُونَ
١٨٦	القَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ وَالسَّبْعُونَ	١١٩	القَاعِدَةُ السَّادِسَةُ وَالْخَمْسُونَ
١٩١	القَاعِدَةُ الثَّمَانُونَ	١٢١	القَاعِدَةُ السَّابِعَةُ وَالْخَمْسُونَ
١٩٢	القَاعِدَةُ الْحَادِيَّةُ وَالْثَمَانُونَ	١٢٨	القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالْخَمْسُونَ
١٩٩	القَاعِدَةُ الثَّانِيَّةُ وَالْثَمَانُونَ	١٣٣	القَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ وَالْخَمْسُونَ
٢١٢	القَاعِدَةُ الثَّالِثَةُ وَالْثَمَانُونَ	١٣٦	القَاعِدَةُ السُّتُونَ
٢١٧	القَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ وَالْثَمَانُونَ	١٤٠	القَاعِدَةُ الْحَادِيَّةُ وَالسُّتُونَ
٢٣٠	القَاعِدَةُ الْخَامِسَةُ وَالْثَمَانُونَ	١٤٢	القَاعِدَةُ الثَّانِيَّةُ وَالسُّتُونَ
٢٣٨	القَاعِدَةُ السَّادِسَةُ وَالْثَمَانُونَ	١٤٣	القَاعِدَةُ الثَّالِثَةُ وَالسُّتُونَ
٢٤٠	القَاعِدَةُ السَّابِعَةُ وَالْثَمَانُونَ	١٤٤	القَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ وَالسُّتُونَ

القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالْثَمَانُونَ . . . ٢٤٥	القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ عَشَرَ بَعْدَ الْمِائَةِ ٣٠٠
القَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ وَالْثَمَانُونَ . . ٢٥٠	القَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ عَشَرَ بَعْدَ الْمِائَةِ . ٣٠٠
القَاعِدَةُ التَّسْعُونَ ٢٥١	القَاعِدَةُ الثَّلَاثَةُ عَشَرَ بَعْدَ الْمِائَةِ . ٣٠٢
القَاعِدَةُ الْحَادِيَةُ وَالتَّسْعُونَ . . ٢٥٣	القَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ عَشَرَ بَعْدَ الْمِائَةِ . ٣١٧
القَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ وَالتَّسْعُونَ . . . ٢٥٤	القَاعِدَةُ الْخَامِسَةُ عَشَرَ بَعْدَ الْمِائَةِ ٣١٨
القَاعِدَةُ الثَّلَاثَةُ وَالتَّسْعُونَ . . . ٢٥٦	القَاعِدَةُ السَّادِسَةُ عَشَرَ بَعْدَ الْمِائَةِ ٣٢٣
القَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ وَالتَّسْعُونَ . . . ٢٦٤	القَاعِدَةُ السَّابِعَةُ عَشَرَ بَعْدَ الْمِائَةِ ٣٢٥
القَاعِدَةُ الْخَامِسَةُ وَالتَّسْعُونَ . . ٢٦٥	القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ عَشَرَ بَعْدَ الْمِائَةِ . . ٣٢٧
القَاعِدَةُ السَّادِسَةُ وَالتَّسْعُونَ . . ٢٧٠	القَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ عَشَرَ بَعْدَ الْمِائَةِ . ٣٢٨
القَاعِدَةُ السَّابِعَةُ وَالتَّسْعُونَ . . ٢٧٣	القَاعِدَةُ الْعِشْرُونَ بَعْدَ الْمِائَةِ . . ٣٣٣
القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالتَّسْعُونَ . . . ٢٧٦	القَاعِدَةُ الْحَادِيَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ الْمِائَةِ ٣٣٣
القَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ وَالتَّسْعُونَ . . ٢٧٧	القَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ الْمِائَةِ ٣٣٣
القَاعِدَةُ الْمِائَةُ ٢٧٩	القَاعِدَةُ الثَّلَاثَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ . . . ٣٣٦
القَاعِدَةُ الْحَادِيَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ . . ٢٧٩	القَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ . . . ٣٣٦
القَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ . . . ٢٨٠	القَاعِدَةُ الثَّلَاثَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ الْمِائَةِ ٣٣٨
القَاعِدَةُ الثَّلَاثَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ . . . ٢٨١	القَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ الْمِائَةِ ٣٣٨
القَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ . . . ٢٨٣	القَاعِدَةُ الثَّلَاثَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ الْمِائَةِ ٣٣٨
القَاعِدَةُ الْخَامِسَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ . . ٢٨٤	القَاعِدَةُ السَّادِسَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ . . ٢٩٠
القَاعِدَةُ السَّادِسَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ . . ٢٩٠	القَاعِدَةُ السَّابِعَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ . . ٢٩١
القَاعِدَةُ السَّابِعَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ . . ٢٩١	القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ . . . ٢٩٣
القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ . . . ٢٩٣	القَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ . . ٢٩٤
القَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ . . ٢٩٤	القَاعِدَةُ الْعَاشِرَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ . . ٢٩٩
القَاعِدَةُ الْعَاشِرَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ . . ٢٩٩	

القَاعِدَةُ السَّادِسَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ	٣٤٤	المِائَةِ	٣٧٦	القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالثَّلَاثُونَ بَعْدَ
القَاعِدَةُ السَّابِعَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ	٣٤٧	المِائَةِ	٣٧٨	القَاعِدَةُ الثَّاسِعَةُ وَالثَّلَاثُونَ بَعْدَ
القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ	٣٥١	المِائَةِ	٣٧٩	القَاعِدَةُ الْأَرْبَعُونَ بَعْدَ الْمِائَةِ
القَاعِدَةُ الثَّاسِعَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ	٣٥٥	المِائَةِ	٣٨٠	القَاعِدَةُ الْحَادِيَةُ وَالْأَرْبَعُونَ بَعْدَ
القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ	٣٥٩	المِائَةِ	٣٨١	القَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ وَالْأَرْبَعُونَ بَعْدَ
القَاعِدَةُ الثَّاسِعَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ	٣٦١	المِائَةِ	٣٨٣	القَاعِدَةُ الثَّالِثَةُ وَالْأَرْبَعُونَ بَعْدَ
القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ	٣٦٢	المِائَةِ	٣٨٥	القَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ وَالْأَرْبَعُونَ بَعْدَ
القَاعِدَةُ الثَّاسِعَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ	٣٦٣	المِائَةِ	٣٨٨	القَاعِدَةُ الْخَامِسَةُ وَالْأَرْبَعُونَ بَعْدَ
القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ	٣٦٦	المِائَةِ	٣٩٠	القَاعِدَةُ السَّادِسَةُ وَالْأَرْبَعُونَ بَعْدَ
القَاعِدَةُ الثَّاسِعَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ	٣٦٨	المِائَةِ	٣٩١	القَاعِدَةُ السَّابِعَةُ وَالْأَرْبَعُونَ بَعْدَ
القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ	٣٦٩	المِائَةِ	٣٩١	القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالْأَرْبَعُونَ بَعْدَ
القَاعِدَةُ الثَّاسِعَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ	٣٧٠	المِائَةِ	٣٩١	القَاعِدَةُ الثَّاسِعَةُ وَالْأَرْبَعُونَ بَعْدَ
القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ		المِائَةِ	٣٩١	القَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالْأَرْبَعُونَ بَعْدَ

القاعدةُ الخمسونَ بعدَ	المائةُ	٣٩٢
القاعدةُ الحاديةُ والخمسونَ بعدَ	المائةُ	٣٩٤
القاعدةُ الثانيةُ والخمسونَ بعدَ	المائةُ	٣٩٦
القاعدةُ الثالثةُ والخمسونَ بعدَ	المائةُ	٣٩٧
القاعدةُ الرابعةُ والخمسونَ بعدَ	المائةُ	٤٠٠
القاعدةُ الخامسةُ والخمسونَ بعدَ	المائةُ	٤٠٣
القاعدةُ السادسةُ والخمسونَ بعدَ	المائةُ	٤٠٤
القاعدةُ السابعةُ والخمسونَ بعدَ	المائةُ	٤٠٩
القاعدةُ الثامنةُ والخمسونَ بعدَ	المائةُ	٤١٠
القاعدةُ التاسعةُ والخمسونَ بعدَ	المائةُ	٤١٤
القاعدةُ الستونَ بعدَ المائةِ	المائةُ	٤٢٦
فهرس المحتويات		٥٢٢